IOANNIS CHRISTOPH. FRANCK

IVR. VTR. D.

PROBLEMA IVRIDICVM

DE

SVCCESSIONE LIBERORVM MATRI IN TVTORE IPSIS PETENDO NEGLIGENTI HODIERNO IVRE NON ADIMENDA

CVM PRIVILEG. SACR. REG. MAI. PRVSS.

HALAE MAGDEBVRGICAE
SVMPTIBVS NOVI BIBLIOPOLII
M DCC XVIII.

Digitized by Google

Digitized by Google

PRAEFATIO.

Mater obligatur liberis, & tutorem filio non petens poſſet privari eius hereditate, ſed iura mitiora ſunt. Thema.

CAPVT I,

Quo ius vetus deſcribitur.

§. *I. Rubrum.*
§. *II. Scopus auctoris.*
§. *III. Ordo dicendorum.*
§. *IIII. Poena priuationis a Iuſtiniano approbata.*
§. *V. Pertinet ad tutelam liberis neceſſariam,*
§. *VI. Supponitque defectum tutelae,*
§. *VII. Coërc et matrem,*
§. *VIII. Quoties liberis non proſpicit de tutore,*
§. *VIIII. Adimit ſucceſſionem.*

CAPVT II,

Quo Doctorum de hoc argumento ſententiae recenſentur & ſub examen vocantur.

§. I. *An haec poena hodie obtineat?*
§. II. *Rationes affirmantium.*
§. III. *Reſponſio.*
§. IIII. *Alii negant.*
§. V. *Horum rationes.*
§. VI. *Dubia: I. Tutela materna* a) *vſum aliquando ſalvum relinqueret,*
§. VII. b) *ne quidem excuſat privato auſu ſuſcepta.*
§. VIII. *II. Magiſtratus cura nec Romae ceſſabat, nec alios excuſat.*
§. VIIII. *III. Mores contra-*

rii 1) gratis ſupponuntur: a) *ob defectum conſuetudinis poſitivae,*

§. X. b) *Et ne quidem nonvſum probatum.*

§. XI. 2) *Confutantur exemplis & ſtatutis.*

§. XII. *Nec producitur ius Germanicum contrarium.*

§. XIII. *Novum argumentum: Ceſſatio hodierna poenarum privationis.*

§. XIIII. *Reſp. Eadem fruſtra generaliter aſſeritur.*

CAPVT III,

Quo ſucceſſionem liberorum matri in tutore ipſis petendo negligenti non adimendam eſſe iure Nouellarum defenditur.

§. I. *Auctoris ſententia, poenam privationis ceſſare.*

§. II. *Ratio, quia requirebat liberos impuberes morientes.*

§. III. *Quod non fluxit 1) ex conſtitutione Severi,*

§. IIII. *Nec 2) ex poenae poſt tempus delicti inflictae iniquitate,*

§. V. *Nec 3) ex deficiente neceſſitate minori tutorem petendi.*

§. VI. *An ex remiſſione tacita puberis?*

§. VII. *Difficultas in hac argumentatione.*

§. VIII. *Solutio: ob dubiam puberis voluntatem remiſſio praeſumitur.*

§. VIIII. *Confectarium: indefenſus poterat matrem exheredare.*

§. X. *Iure Nouellis antiquiore.*

§. XI. *Poſt Nou. CXV. mater tutorem non petens exheredari nequit.*

§. XII. *Ergo nec legitima hereditate priuatur ob ſucceſſionem ab inteſtato a neceſſaria inſtitutione ſeparabilem,*

§. XIII. *Immo multo magis competentem,*

§. XIIII. *Cum lex non puniat grauius laeſo ſilente.*

CAP.

CAPVT IIII,

Quo ſententia huc vſque defenſa a dubiis nonnullis liberatur.

§. I. *Obiectio* I. *Lex correctoria male ampliatur.*

§. II. *Reſp. Immo hic recte.*

§. III. *Obiectio* II. *Non exheredatur frater teſtaturum prohibens aut captum non redimens.*

§. IIII. *Reſp. Diſpar ratio ſubeſt.*

§. V. *Obiectio*, III. *Amittitur tantum, quod legitimam excedit.*

§. VI. *Reſponſio generalis: Jure veteri adimebatur etiam legitima,*

§. VII. I*ure nouo nihil.*

§. VIII. *Reſponſio ſpecialis* 1) *ad Nou.* I. *Cap.* I.

§. VIIII. *Reſp.* 2) *ad l.* 8. §. 8. *de inoff. teſt.*

§. X. *Reſp.* 3) *ad d. l.* §. 15.

§. XI. *Obiectio* IIII. *ex l.* 5. *C. ad L. Jul. Mai.*

§. XII. *Reſponſio: Jus hoc exorbitat & incapaci conſulit.*

§. XIII. *Obiectio V. Fauor mediae ſententiae.*

§. XIIII. *Reſponſio.*

CAPVT V,

Quo vſus ſententiae huc vſque defenſae oſtenditur.

§. I. *Vſus dictorum I. reſpectu aliorum,* 1) *auiae,*

§. II. 2) *reliquorum heredum.*

§. III. *II.* I*n amputandis controuerſiis* 1) *de curatore minoribus non petito.*

§. IIII. *Epicriſis.*

§. V. 2) *de curatore puberi, quoties is adhuc teſtari prohibetur, non petito.*

§. VI. 3) *de matre minore.*

§. VII. 4) *de ordine petendi.*

§. VIII. 5) *de tempore petitioni praeſcripto.*

§. VIIII. *Diſſenſus Doctorum.*

§. X. *Vindiciae annalis ſpatii.*

§. XI. 6) *de fideicommiſſo, quod pater à filio reliquit.*

§. XII. *Concluſio.*

MANTISSA,

GE. CONR. CRVSII

DISSERTATIO AD CONSTITVTIONEM D. MARCI

DE CVRATORIBVS MINORVM XXV. ANNIS.

CAP. I.

De curatoribus minorum XXV. annis quae communis, & tralatitia ſit opinio; quae noſtra.

CAP. II.

Noſtra opinio fundata in cauſa & ſententia Conſtitutionis D. Marci.

CAP. III.

Munita ratione.

CAP. IV.

Confirmata auctoritatibus.

CAP. V.

Communis ſententiae rationes excuſſae.

CAP. VI.

Auctoritates perperam in eam ſententiam detortae. Differentia inter pupillos & adultos in hoc argumento aliter conſtituta, quam vulgo: eiuſque diſſentiae origo.

CAP. VII

Sententia & ratio eius differentiae. Quid ſit petere tutorem vel curatorem.

CAP. VIII.

Quid ſit invitis pupillis dari tutores, & invitis non dari.

CAP. IX.

Quid adeoque invitis minoribus curatores non dari, praeterquam in litem.

CAP. X.

Refelluntur alia duo argumenta, pro vulgari opinione prolata.

PRO-

Digitized by Google

PROBLEMA IVRIDICVM DE SVCCESSIONE LIBERORVM MATRI IN TVTORE IPSIS PETENDO NEGLIGENTI HODIERNO IVRE NON ADIMENDA.

PRAEFATIO.

VT ſoboli ſuae mater proſpiciat, tam naturalia, quam ciuilia iura praecipiunt. Iubet enim naturae lex, vt et noſtra commoda promoveamus, et aliorum vtilitati, certe neceſſitati, conſulamus. Idem ciuilis ratio non poteſt non flagitare, niſi omnem publicae ſalutis tutelam inſuper habere dicenda eſt. Nam tolle curam infantiae. Quid civitas erit? Res vnius aetatis. Quid parvulorum

Mater obliga-tur liberis iure naturali ac ciuili ob intereſſe ciuitatis,

deſer-

Digitized by Google

adultorum deſertores? Miſerrimi, vt qui olim aliorum auxilio viciſſim deſtituti aut aegerrime tranſigent aut ne attingent quidem ſenectutem, quam ſi non omni ex parte beatam, ſaltem facile tolerabilem experiuntur, qui menti compoſitae iu- infantumque niorum operam adiungunt. Ipſos vero infantes vix natos perire oportet abſque promta adultiorum ope. Huius ergo neceſſitas ſatis oſtendit, lege naturae rem tanti momenti lento eorum, quos miſeratio primos ex magno coetu permotura eſt, arbitrio permitti non potuiſſe, ſed certos homines ad hoc determi- aeque ac pater, nari. At quos potius, quam parentes, qui infantibus naſcendi cauſam prae omnibus dederunt (a)? Igitur cum mater tantumdem, immo plus, quam pater, ad partum conferat; ipſi impellente inſtinctu naturali. quoque eadem obligatio incumbet. Nec eam temere explere grauabitur, quod ne fieret, natura tenerrimum ipſi erga ſobolem affectum indidit: quem ad flagrantiſſimum, quo divina clementia humanum genus complectitur, amorum omnium proxime accedere ipſe ſupremus naturae auctor teſtatur (b). Plane cum huius affectionis ſenſu ipſa etiam bruta animalia cenſean-

(a) Vid. *Illuſtr.* THOMAS. *Iuriſprud. Diuin. Lib. III. Cap. III.* §. *XXXXI.*

(b) ESAI *Cap. XXXXVIIII. verſ. XV.*

Digitized by Google

ſeantur (c), prodigii inſtar eſſet, ſi mater ratione praedita non amaret liberos, quos ante partum oneroſos, in partu doloroſos, poſt partum laborioſos experta eſt (d): quandoquidem natura ſic ſumus affecti, vt, quo quidque difficilius obtinuimus, eo vehementiore id animi propenſione diligamus. Accedit lactis a matre, naturae ſimplicitatem ſequente, filio praebiti alimentum, cuius vis maxima ad vinculum illud coagulumque animi, quo eam natura ſoboli ſuae conciliat, augendum non fruſtra laudatur (e). Hic igitur naturae impetus, ſi non inſunt in eo iuſtitiae ſemina (f), ſaltem vix vllam veniae ſpem relinquit matribus in liberos inofficioſis. Neque enim communi deprauatae naturae inſtinctu abreptae peccant; quae res, vt laudem non habeat, non eſt tamen extra excuſationem: ſed vt legem violent, ſuae naturae maximam vim inferunt. Hinc ergo ſatis cauſſae habet legislator ſeverius coërcendi mulieres, obligationem erga liberos ipſis im- **Vnde mater inofficioſa caret excuſatione,**

 po-

(c) *pr. I. de Iure Naturali, gentium et ciuili,* VLPIAN. *l.1.§.3. ff. d. Iuſtitia & Iure.*

(d) Add. IVSTINIAN. §. *4. I. de SCto Tertulliano, Novell. CLVI. Cap. I. Nov. CLXII. Cap. III.*

(e) FAVORINVS *Philoſophus ap.* GELLIVM *Noct. Attic. Lib. XII. Cap. I.*

(f) Vt STOICI docuerunt *ap.* CICER. *de Finibus Lib. IIII.*

Digitized by Google

& tutorem filio non petens poſſet priuari eius hereditate,

poſitum non explentes. Huius pars eſt tutoris, quoties eo liberi indigent, petitio (g). Eius igitur neglectus, ſi poſt filii mortem hereditatis, quantumuis alias matri aequiſſime delatae (h) iactura mulctaretur: minime id durum ac inhumanum videri deberet. Atque eam poenam inter Germanos irrogandam eſſe plerique arbitrantur, certe omni iure Iuſtinianeo obtinuiſſe vix quiſquam dubitauit. Ego vero Imperatorem mitius cum matribus egiſſe arbitror. Quamobrem argumentum hoc latius perſequi ac Problema Iuridicum de *Succeſſione matri tutorem non petenti non adimenda* vberius exponere ac tueri opportunum credidi. Tu, Lector, quae benignioris ſententiae defendendae gratia proponam, pro ea, qua polles, humanitate benigna cenſura dignare.

Sed iura mitiora ſunt.

Thema.

CAP.

(g) DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS *l. 8. C. Qui petant tutores vel curatores,*

(h) Quia liberi parentibus vtriusque fexus, licet impar ſit eorum poteſtas, pietatem tamen aequalem debent, adeoque ſponte ſua legitimam hereditatem relinquere creduntur etiam matri, arg. *l. 8. §. 1. ff. de Iure Codicillorum,* quam ratio miſerationis excludi vetat a ſucceſſione liberorum, PAPIN *l. 7. §. 1. ff. Si tabulae teſtamenti nullae exſtabunt, vnde liberi* per ſe ſatis triſti, IVSTINIAN. *§. 2. I. de SCto Tertulliano,* ID. *l. vlt. C. Communia de Succeſſionibus* & luctuoſa. ID. *l. vlt. C. de Inſtitutionibus & Subſtitutionibus,* CONSTANTINVS *l. 28. C. de inofficioſo teſtamento.*

CAPVT I.

Quo ius vetus deſcribitur.

I.

SVnt, qui piaculum putent, cum de argumento aliquo ſcribunt, in eo pertractando vlterius progredi, antequam ſingulas rubri quantumcunque clari voces prolixius explicuerint. Hos ego minime mihi imitandos propoſui. Neque enim eos, qui haec legent, detinendos arbitror interpretatione vocabulorum, quae nemo eorum, qui iurisprudentiae operam nauant, non iam per ſe ſatis intelligit. At quis eſt inter eos, qui ignoret, qua de re diſputetur, cum matri, quae in tutore liberis ſuis petendo debitam diligentiam non adhibuit, iis mortuis, ſucceſſionem ea propter adimi non debere contenditur? Quare citra ambages rem ipſam aggrediar, nec in ſuperflua verborum per ſe ſatis notorum interpretatione aut prolixa ſtatus controuerſiae minime obſcuri formatione haerebo.

Rubrum non eget interpretatione,

II.

Id vero non poſſum non in limine monere, me tantum diſquirere, quid hac de re iure Iuſtinianeo ſancitum ſit, & ex illius Iuriſprudentiae placitis noſtro adhuc tempore in Germania ſeruari debeat. Aliarum ſiue Romanae ſiue alterius gentis ſanctionum inueſtigationem alienae induſtriae relinquo. Neque adeo de alia poena, quae matri tutorem liberis non petenti apud Romanos famam ac teſtandi facultatem olim ademit, poſt ea vero novella THEODOSII Conſtitutione iterum ſublata fuit (a), ſolicitus ſum. Nec multam

Scopus auctoris inquirere in ius Iuſtinianeum Germanis vſitatum,

non alias poenas Romanorum,

(a) docente IANO A COSTA *Comment. ad* §. 6. *I. d. SCto Tertulliano.*

aliorumue. ctam curo, qua matrum in tutore petendo negligentiam PLATO puniendam ſtatuit (b) ac LVBECENSES (c) & forte alii (d) coërcent.

III.

Ordo dicendorum Ceterum quae de hoc argumento dicenda videbuntur, ſuo quaeque loco proponere ſtudebo. Quod ſatis commode me effecturum ſpero, ſi omnia ad quinque capita retulero. capite I, Primum igitur ipſam legum Romanarum iure Iuſtinianeo comprehenſarum ſanctionem, qua matri tutorem non petenti liberorum hereditas auffertur, diſtinctius euoluam. II, Inde Doctorum de vſu illarum legum moderno ſententias referam, & ſub examen vocabo. III, Poſt operam dabo, vt poenam illam, vtpote Nouella Iuſtiniani Conſtitutione ſublatam noſtra aetate non obtinere oſtendam. IIII, Quod inſtitutum vbi abſoluero, difficultates nonnullas, quae meae ſententiae obiici poſſunt, ſoluere conabor. V. Deniq; vtilitatem huius meditationis paucis exponam.

IIII.

Poena privationis a Iuſtiniano approbata Manifeſtum eſt igitur, voluiſſe IVSTINIANVM, vt mater tutorem peteret liberis eo indigentibus, & hoc officium negligens eorum ſucceſſione priuaretur. in ff. Poſtquam enim loca MODESTINI (a) atque VLPIANI (b) id ipſum inculcantia Pandectis inſeri curauerat, Inſtit. idem ipſe non modo in Inſtitutionibus repetiit

(b) *Lib. VI. de Legibus.*
(c) STATVT. LVBECENS. *Lib. I. Tit. VII. art. 12.*
(d) Ita eodem iure & Belgas vti auctor eſt SIMON VAN LEVWEN *Cenſur. for. Lib. I. Cap. XVI. §. X.* Idemque de Gallis refert MONTANVS *d. Tutel. Cap. XVIII. n. 29.*

§. IIII.

(a) *L. 2. §. 1. 2. ff. Qui petant tutores vel curatores.*
(b) *L. 2. §. 23. ſeqq. ff. ad SCtum Tertullianum.*

Digitized by Google

tiit (c), ſed & THEODOSII et VALENTINIANI Conſtitutione in Codicem relata denuo confirmavit (d). Tutricem vero liberorum ſuorum tutoribus non petitis iterum nubentem, & hac & aliis grauioribus poenis coërceri etiam nouiſſimo iure (e) praecepit. Quod ius operae pretium eſt diſtinctius perluſtrare.

Cod. Nov.

V.

Nimirum pertinet ad *tutelam*, qua liberi indigent. Quare curatorem minori petere nemo cogebatur, cum adulto inuito non daretur curator (a), ſed ab arbitrio minoris penderet, vtrum eo vti vellet, nec ne (b): quem

Pertinet ad tutelam liberis neceſſariam, non curam

(c) §. *6. eodem Titulo.*

(d) *L. 6. C. eodem Titulo.* vt alias leges in poſterum allegandas nunc taceam.

(e) *Nov. XXII. Cap. XXXX.* vnde deſumta eſt *Authentica: Eisdem poenis C. de Secundis nuptiis.*

§. V.

(a) §. *2. I. d. Curatoribus.*

(b) Indicio eſt, quod minor curatore carens paciſcendo ſe ſolus firmiter obliget, PAVLVS *l. 43. D. de obligationibus & actionibus*, adeoque Praetoria reſtitutione opus habeat, quoties laeſio probari poteſt: cum contra ipſo iure civili nulla ſit obligatio adoleſcentis, qui tutorem accepit, eoque ipſo liberam bonorum adminiſtrationem amiſit vid. DIOCLETIANVS et MAXIMIANVS *L. 3. C. de in integrum reſtitutione minorum.* Add. ALEXANDER *L. 6. C. qui petant tutores vel Curatores.* Diſſentit poſt alios GEORGIVS CONRADVS CRVSIVS *Diſſertatione ad Conſtitutionem Divi Marci de curatoribus minorum quinque & viginti annis* Lugduni Batauorum anno cIɔ Iɔccxii recuſa, cuius, vt eruditae ſed vulgo parum notae, ſummam paucis referam. *Cap. I & II* prouocat ad Conſtitutionem D. MARCI, de qua CAPITOLINVS *in Eius vita Cap. X.* *De*

Digitized by Google

quem ſi deſideraret, adoleſcens ipſe magiſtratui, ad cuius officium tutoris datio pertinebat, voluntatem ſuam

De curatoribus, inquit, *quum ante non niſi ex lege Laetoria vel propter laſciuiam, vel propter dementiam darentur, ita ſtatuit, vt OMNES adulti curatores acciperent non redditis cauſſis.* Ea Conſtitutione inductum & perpetuo deinceps ac conſtanter in imperio Romano obſeruatum ait, vt omnes adoleſcentes minores XXV. annis acciperent curatores, non minus quam omnibus pupillis tutores dantur. Rationem *cap. III* ab imbecillitate aetatis, etiam à IVSTINIANO *pr. I. de Curatoribus* in omnibus adultis agnita, petit. Addit *cap. IIII* auctoritates ex Pandectis, Codice, Inſtitutionibus & Gaii fragmentis. Hinc *cap. V* iis reſpondet, qui curatoris neceſſitatem adoleſcentibus ignominioſam, &, quod liberam patrimonii adminiſtrationem reſtringat, iniurioſam fore obiiciunt. Solam ergo, pergit *cap. VI,* inter pupillum & minorem ſupereſſe differentiam, quod illi tutorem aut Praetor eligat aut alii poſtulent, hic curatorem ipſe ſibi petat, id eſt, vt *cap. VII* oſtenditur, nominatim aliquem poſcat, cuius cura regi deſideret. Eo ſenſu capiendum eſſe, quod dicitur, inuitis pupillis dari tutores *cap. VIII,* inuitis adoleſcentibus curatores non dari, praeterquam in litem, quoties ipſi petere nollent aut ceſſarent, *cap. VIIII.* Denique *cap. X* ad auctoritates, quibus adultos curatoribus caruiſſe probatur, reſpondet, id non iure, ſed facto contigiſſe, & conditionem *legi 6. C. qui petant tutores* adiectam, vt minores ſibi *curatores petant, SI RES EORVM EXIGAT,* de caſibus, quales *lex 2. §. 26. 45. & ſeqq. D. ad SCtum Tertullianum* commemorat, exaudit. Verum aduerſus haec receptam ſententiam facile vindicari putem vel ex iis, quae *ARNOLD. VINNIVS ad §. 2. I. de Curatoribus num. 1. & 2.* cumulauit. Add. *Celeberrimus* GERARDVS

ſuam exponere, et aliquem curatorem nominare ſibique
B pete-

DVS NOODT *ad Edictum de pactis & tranſactionibus cap. XX, Operum pag.* 722. Nec intereſt, vtrum illa *D.* MARCI Conſtitutio minores ad curatorem petendum inuitos compuliſſe negetur cum *eodem* VINNIO, an ab ANTONINO CARACALLA contrario iure ſublata dicatur cum IANO à COSTA ad eundem §. 2. Quare pauca tantum addam. Primum: Recte regulae de tutore pupillis petendo ſubiicitur exceptio, *NISI* illi eo commode careant, *d.l.2. D. ad SCtum Tertullianum.* Sed minus recte formaretur regula, *petendum, ſi res eorum exigat*, quia caſus, quibus eum habere non expedit, adeo rari ſunt, vt regula ex iis conſtrui minime debeat. Deinde quod vt praeclare à GAIO *in l.vlt. D. de manumiſſis vindicta* ſcriptum allegat CRVSIVS *cap. VII pag.* 35. eius ſententiam prorſus deſtruit. Ait ICtus: *Perabſurdum eſt in eligendo tutore firmum videri eſſe iudicium pupilli, cuius in omnibus rebus, vt infirmum iudicium tutore auctore regitur.* Quae conſequentia ſi iuſta eſt; non neceſſe eſt curatore, vt infirmum, regi iudicium minoris, cuius in eligendo curatore firmum videri iudicium nemo dubitat. Denique extra controuerſiam eſt, curatorem generalem inuito adoleſcenti non dari, curatorem ad litem inuito dari. Supereſt ergo differentia, CRVSII opinioni aduerſa fronte repugnans. Putat equidem, curatorem generalem adulto non alium dari, quam quem ipſe petit, ad litem etiam eum conſtitui, quem iudex eligit, vel aduerſarius poſtulat. Sed nihil agit. Aut enim minor curatorem deſiderat, aut non petit. Priore caſu nequidem ad litem alius obtruditur inuito. Sin curatorem recuſet vel petere tergiuerſetur; magiſtratus ipſe curatorem generalem aut dat,

Digitized by Google

regulariter, petere debebat (c). Niſi tamen neceſſario dari oporteret caratorem, &, qui eo opus habebat, eius eſſet conditionis, vt eum ſibi ipſe petere nequiret, veluti impubes (d), aut furioſus (e). Pariter habenti tutorem alium petere nihil attinet (f). Eodemque labore ſuperſederi poteſt, quoties pupillo tutorem, quo defen-

nec tutelam duplicem ſuperfluam

dat, aut non dat. Si obtrudat inuito: iterum tollitur omnis differentia inter hunc & curatorem litis gratia conſtitutum. Supereſt igitur, vt magiſtratus volenti minori liberam rerum ſuarum adminiſtrationem ſoli permittere cogatur. Quo poſito curatoris habendi neceſſitatem nulla lex induxit, aut certe non niſi ius fruſtratorium, vtpote quod impune poteſt eludi.

(c) MODESTIN. *l. 2. §. 4. ff. Qui petant tutores vel curatores.* ALEXANDER *l. 6. C. eodem titulo.*

(d) VLPIAN. *l. 2. §. 29. ff. ad SCtum Tertullianum.*

(e) ID. *dict. l. §. 31.* Idemque docere voluit IO. BRVNNEMANN. *ad L. 1. ff. Qui petant tutores vel curatores n. 3.* quem typothetae alieno loco poſuerunt. Legitur: Et *priuantur* (mater nimirum & auia) *ipſa legitima*, ALIVD ERGO IN CVRATELA FVRIOSI l. 2. §. 31. ff. ad Tertull. SC. *ſed curatorem petere non tenentur, quippe cum ſibi ipſe adultus petat.* Vides, tertium idemque poſtremum comma ſecundo loco praemitti, medium vero in finem reiici debuiſſe hoc modo: *Et priuantur ipſa legitima, ſed curatorem petere non tenentur, quippe cum ſibi ipſe adultus petat, aliud ergo in curatela furioſi l. 2. §. 31.*

(f) DIOCLET. & MAXIM. *l. 9. C. qui petant tutores vel curatores.*

defendatur, habere non prodeſt (g), aut non habere expedit (h). **aut noxiam,**

VI.

Debet igitur tutor vel curator neceſſarius *deficere*: quod quacumque ratione contingat, perinde eſt. Nec ſufficit, poſt patris mortem filio adhuc indefenſo petere tutorem, quem nondum quiſquam dedit. Sed hoc toties repetendum eſt, quoties qui ad tutelam vocatus eſt, eandem vel declinavit, vel depoſuit (a), vel praevia ſuſpecti accuſatione alios tutores adiunctos habere iubetur (b). Idque tum potiſſimum locum habet, cum ipſa mater denuo nubens à tutela ſemel ſuſcepta iterum expellitur (c). Modo non ſuperſit vnus ex pluribus contutoribus. Quoties enim is reſtat,

Supponitque defectum tutelae, **ſiue numquam conſtitutae, ſiue exſtinctae** **penitus.**

(g) veluti quoties omnino egenus eſt VLPIAN. *l.2. §.26. ff. ad SCtum Tertullianum*, aut ſi pater hereditatem matri reliquit, eandemque remiſſa etiam ſatisdatione rogauit, vt illam filio puberi facto reſtitueret. *d. l. §. 46.*

(h) Exempli gratia: vbi pupillo amplum legatum ſub conditione, ſi tutores non habuerit, relictum ID. *dict. l. §. 44.* aut ipſe ſoluendo non eſt, eaque propter cautius abſque tutore, quaſi indefenſus relinquitur, quo minus à creditoribus inquietetur. ID. *dict. l.* §. 45.

VI.

(a) Prioribus excuſatis reiectiſue, VLP. dict. *l. 2. §. 23. Diuus* SEVERVS *apud Modeſtin. l. 2. §. 2. ff. Qui petant tutores vel curatores.*

(b) VLPIAN. *l. 4. §. ff. 2. eodem titulo.*

(c) *Nou. XXII. Cap. XXXX.*

reſtat, alterius petitione ſecure abſtinetur (d), ſiue alii collegæ deficiant, ſiue mater ad iteratas nuptias prouolet (e).

VII.

Coërcet matrem *quamuis* etiam naturalem & illegitimam,

Quoties hac ratione pupilli tutoribus opus habent, iidem petendi ſunt a *matribus*. Quæ cum generaliter in legibus adpellentur (a), non dubito, intelligendas eſſe quaſcumque. De legitimis non ambigitur. Pari iure naturales vſas fuiſſe conſtat (b). De illegitimis lex expreſſa non allegatur (c), nec eadem opus eſt.

(d) TRYPHONIN. *l. 4. §. 1. ff. Qui petant tutores vel curatores*, modo qui ſuperſunt, adminiſtrationi ſufficiant VLPIAN. *l. 2 §. 39. ff. ad SCtum Tertullianum.*

(e) *Illuſtr.* STRYK. *Vſ. modern. ff. Tit. Qui petant tutores §. II.*

VII.

(a) Vid. DIOCLET. & MAXIM. *l. 8. C. Qui petant tutores vel curatores.*

(b) ex Conſtitutione ZENONIS *l. vlt. C. eodem titulo.*

(c) Fallitur enim, qui etiam ſpuriorum intuitu ad citatam ZENONIS legem prouocat, PETR. MVLLERVS *ad Struuii Synt. Iur. Ciuil. Exerc. XXXI. Theſ. XXII. Not.* γ. cum ea tantum de naturalibus agat: *Matres*, inquit, *naturalibus etiam filiis ad ſimilitudinem eorum, qui ex iuſtis ac legitimis nuptiis ſunt procreati, petendorum tutorum neceſſitati ſubiaceant: nulla eis ignorantia iuris ad euitanda legibus vel ſacris conſtitutionibus definita, ſi petitionem tutorum minus curauerint, profutura.* At naturales ſiue ex concubina ſuſcepti minime illegitimis adnumerantur iure Romano, quo concubinatus per leges nomen aſſumſit. MARCIANVS *l. 3. §. 1. de ff. Concubinis*

eſt. Sufficit matres ſoboli ſuae conſulere oportere, quemadmodum ipſis proſpexerunt leges de liberorum ſucceſſione agentes (d). Hae vero in matre, vtpote ſemper certa (e), legitimam copulam non requirunt, ſed eidem etiam ſpuriorum haereditatem deferunt (f). Quo nomine cum & adulterinus comprehendatur (g), eas etiam, quas interpretes ex damnato coitu liberos tollere dicunt, nullo diſcrimine habeo. Quae enim ad ius parentum ac liberorum inter adulterinos & inceſtuoſos e medio tollendum vulgo adducuntur (h), ad patres pertinent, ad matres vero perperam ac praeter rationem iuris producuntur (i). Excipiuntur tantum inceſtae nuptiae, ex quibus nulla ne quidem inter matrem ac liberos proximitas oriri poteſt, lege (k) eam, haud prae-

licet ex damnato coitu conceperit,

exceptis nuptiis inceſtis.

(d) §. *6. I. de SCto Tertulliano.*

(e) PAVL. *l. 5. ff. de in ius vocando.*

(f) CAIVS *l. 2. ff. Vnde Cognati*, VLPIAN. *l. 4. ff. eodem titulo*, ID. *l. 1. §. 2. ff. ad SCtum Tertullianum.*

(g) SCAEVOLA *l. 29. §. 1. ff. de Probationibus & praeſumtionibus.*

(h) *Nouell. LXXIIII. cap. vlt. Nou. LXXXVIIII. cap. vlt. Authent. Ex complexu C. d. inceſtis & inutilibus nuptiis.*

(i) Quod liquidum fecit D. GODFRID. LVDOVIC. MENCKEN *de Auo paterno ad alimenta nepoti illegitimo praeſtanda non obligato Diſput. I. Theſ. XV. ad fin.* & ante eum LVCAS VAN DE POLL *de Exheredatione et Praeteritione Romana atque hodierna Cap. XXXXI. § 6-11.*

(k) ARCAD. & HONOR. *l. 6. C. d. inceſtis et inutilibus nuptiis.*

Digitized by Google

praeter rationem (l), omnino irritante. Quare lubens concedo, fruſtra quaeri, vtrum ea quoque, quae ex inceſto matrimonio liberos procreauit, eorum ſucceſſione, quam non habet, mulctari debeat. Ceterae matres, ſiue legitimae ſiue illegitimae, aequo omnes iure ad hanc diſquiſitionem pertinent.

VIII.

Quoties liberis non proſpicit de tutore

Hae ergo matres liberis tutore indigentibus *plenum officium debent*. Neque adeo ſufficit, generaliter rogari Praetorem, ut quem ipſe elegerit pupillo, tutorem det, ſed nominatim poſtulandum eſt, vt ille aut ille, amiciſſimus ac fideliſſimus quem ipſae nominare debent, tutor conſtituatur (a). Nec pietati ac legibus ſatisfaciunt, ſi perfunctorie dari poſtulent eum,

(l) Neque enim opus eſt in coeco velut, ac nulla ratione nixo arbitrio legislatoris acquieſcere cum POLLIO *dict. loc.* §. 8. Potius, quia liberos quaerunt, qui nuptias contrahunt, non qui inceſta Venere clanculum contaminantur; his facilius relinqui poſſunt liberi furtorum proditores per ſe parum grati, quam illis: qui quoties contra legum praecepta coeunt, cognationis, quam in liberis optant, vinculo omni ſoluto prudenter coercentur, ipſo forte iure diuino vid. LEVITIC. *Cap. XX. verſ. 20. 21. iunct. Can. 1. Cauſſ. XXXV. quaeſt. 7.* praeeunte. *Dn.* MENCKEN *d. loc. Theſ. XIII.*

VIII.

(a) Hoc enim eſt, quod mater iubetur *nomina dare* Vid. *Diu.* SEVERVS *apud* MODESTINVM *L. 2. §. 2. D. Qui petant tutores vel curatores*, vel *nomina edere*. Vid. VLPIANVS *l. 2. §. 23. D. ad SCtum Tertullianum.* Add. *Imp.*

Digitized by Google

eum, qui legitima excuſatione vtitur (b), aut minus idoneum (c): niſi forte moribus tantum indignus, ceterum abunde locuples fuerit (d). Nec ſatis eſt, effeciſſe, vt daretur tutor, ſi is tutelam delatam non ſuſcipiat, ſed compellendus etiam eſt a matre, vt ſe tutelae miſceat (e). Quodſi pater vltima voluntate tutorem quidem dederit, ſed illegitime; quia is tutor non eſt ante confirmationem (f); ad eum quoque petendum mater obſtringitur (g). Suſpecti tamen tutoris poſtulatio nuſquam à matre exigitur (h), quod haec accuſatio virilis animi judicium requirere fuit viſa (i).

adminiſtrante

& iuſto,

non, vbi ſuſpectum non poſtulat.

VIIII. Ex-

Imp. ALEXANDER *L. 6. C. Qui petant tutores vel curatores.* Pluribus haec executus eſt GEORGIVS CONRADVS CRVSIVS *dicta Diſſertatione ad Conſtitutionem Diui Marci de Curatoribus minorum Cap. VII.*

(b) VLPIAN. *dict. l. 2. §. 32. 33.*

(c) ID. *dict. l. §. 34. 36.* MODESTIN. *l. 2. §. 1. ff. Qui petant tutores*, ibique D. SEVERVS *§. 2.*

(d) VLPIAN. *ibid. §. 37.*

(e) ID, *ibid. §. 42.*

(f) *Imp.* ALEXANDER *l. 1. & 2. C. de confirmando tutore.*

(g) TRYPHONIN. *l. 4. pr. ff. Qui petant tutores vel curatores.*

(h) VLPIAN. *dict. l. 2. §. 41.*

(i) TRYPHONIN. *dict. l. 4. §. vlt.* Quo loco dicat aliquis, con-

Digitized by Google

VIIII.

Adimit ſucceſſionem legitimam, ac ſub-

Expoſui matris in tutore liberis petendo obligationem. Quam quoties ipſa negligebat, priuabatur ſucceſſione eorundem legitima (a), ſiue inteſtatorum filiorum (b). Aliud videbatur ſentiendum, ſi pater filio impu-

confundi ius obſoletum cum eo, quod THRYPHONINI & VLPIANI aetate viguit. Nam ante *Diuum* SEVERVM & ANTONINVM quidem feminis non maiorem ſuſpecti tutoris accuſandi, quam alius publici iudicii intentandi, licentiam fuiſſe: ex horum vero Imperatorum reſcripto etiam mulieres neceſſitudine iunctas, immo et alias ad hanc accuſationem, ipſo VLPIANO teſte *L.1.§.7.ff. de ſuſpectis Tutoribus & Curatoribus* add. *§.3. l. eodem Titulo* admitti coepiſſe, neque adeo virile iudicium ad eam amplius requiri. Sed facile tollitur hoc dubium. Licet enim ſuſpecti tutoris poſtulatio fauore impuberum, contra publicorum iudiciorum conſuetudinem, extra ordinem *permiſſa* fuerit illis mulieribus, quas Praetor propenſa pietate intellexerit, ſexus verecundiam non egredientes, ſed pietate productas, non ſuſtinere pupillorum iniuriam: non tamen ideo accuſatio illa deſiit magis ardua cenſeri, quam vt omnes matres, ex quibus pauciſſimae ſexus imbecillitatem exuunt, indiſtincte ad eam inſtituendam *obſtringendae* viderentur.

VIIII.

(a) Quod bis inculcat MODESTIN. *L.2. §.1.ff. Qui petant tutores vel curatores*: *Mater enim*, inquit, *expellitur à LEGITIMA filii hereditate, quaſi exiſtens indigna accipere hereditatem LEGITIMAM, negligens ei conſtituere tutorem.*

(b) quae verba ſunt Conſtitutionis *Diui* SEVERI in *dict. l.2. §.2.*

impuberi matrem ſubſtituiſſet (c). Forte tamen, quia *Diuus* SEVERVS vehementius deſiderium maternam negligentiam coercendi enixe teſtatus fuerat (d); æquum credebatur, legem in dubio potius extendi, quam re- ſtituitionem pupillarem.

C ſtrin-

§. 2, relatae, a qua cum ius hoc potiſſimum coepiſſe videatur; operae pretium eſt, ipſam integram adſcribere: *Diuus Seuerus Cuſpio Rufino: Omnem me rationem adhibere ſubueniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo: & ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis ſuis, vel prioribus excuſatis, reiectisue, non confeſtim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum ſibi bonorum inteſtatorum filiorum.*

(c) Neque enim perempta erat petitio, quae ex alieno iudicio deſcendebat. Vid. *Cap. ſeq. V. §. XI, XII.* At incertum erat, vtrum pupillaris ſubſtitutio potius pro patris, an pro filii teſtamento habenda eſſet: vno eodemque ICto modo ex hac, modo ex oppoſita hypotheſi arguente, prout quaeque cauſſis, quas defendebat, ſerviret. Res patet exemplo VLPIANI *l. 8. §. 5. ff. de inofficioſo teſtamento.* Iam ſi ſubſtitutio patri accepta referretur, manifeſtum erat, matrem ab ea non magis, quam a fideicommiſſo, excludi debuiſſe. Sin pro filii teſtamento haberetur, iterum ceſſare videbatur poena, qua non niſi legitima ſucceſſio, ſiue *inteſtatorum filiorum* auferebatur. Quodſi inteſtatorum nomine impuberes intelligi receptum eſſet, vid. *Cap. ſeq. III, §. III,* ſubſtitutio patris potius, quam filii beneficio adſcribi debebat, quia in re dubia benignior ſententia merito praefertur. CAIVS *l. 56. ff. de Regulis iuris.*

(d) Initio reſcripti, quod a MODESTINO ſeruatum modo retuli.

Digitized by Google

ſtringi (e). Id certum eſt, THEODOSII & VALENTINIANI Conſtitutionibus (f) definitum fuiſſe, vt, quemadmodum legitima ſucceſſio, ita & ea, quae iure ſubſtitutionis competebat, aufferretur (g).

CAP.

(e) Vnde plenum officium a matre deſideratum fuit, VLPIAN. *L. 2. §. 42. ff. ad SCtum Tertullianum*, eidemque ademtum omne lucrum, quod alias cepiſſet ex ſucceſſione filii, ad quam ſine dubio etiam ſubſtitutio à patre facta pertinet. Nam de pupillari diſceptatur, per quam qui vocatur, ipſi filio fit heres ſubſtitutus, *pr. I. de pupillari ſubſtitutione*, cum hac ratione non ſuis bonis teſtator ſubſtituat, ſed impuberis. VLPIAN. *l. 10. §. 5. ff. eodem titulo.* Ex vulgari vero mater ſucceſſionem petere vix poteſt, niſi filius impubes aut ante patrem moriatur, quo caſu tutore non opus habet, aut ab eius hereditate, tamquam noxia, abſtineat: quo caſu nec mater de ea litigabit. Vnde de vulgari patris ſubſtitutione hic fere otioſe quaerere videtur BRVNNEMANNVS *ad l. vlt. §. pen. ff. Qui petant tutores:* qui textus cum matri tutorem non petenti fideicommiſſum patris teſtamento à filio ſub conditione, ſi inteſtatus mortuus erit, relictum conſeruet; etiam pro ſubſtitutione facere videtur. Sed iam recte ad eum reſpondetur, in fideicommiſſo patri ſuccedi, non filio.

(f) *L. 6. C. ad SCtum Tertullianum. L. 10. C. de Legitimis heredibus.*

(g) Vt mirum ſit, ſummum ICtum IANVM A COSTA, nunc quoque matrem legitima tantum hereditate privandam cenſere, non etiam ea, quae ex alieno iudicio deſcendit, *Commentar. ad §. 6. I. de SCto Tertulliano.*

CAPVT II.

Quo Doctorum de hoc argumento ſententiae recenſentur & ſub examen vocantur.

I.

HVius poenae vſus vtrum durauerit, nec ne, non inutiliter quaeritur. Iure Romano etiam nouiſſimo illam obtinuiſſe vix quisquam dubitat, etiam ex iis, qui eam hodiernis moribus obliteratam exiſtimant (a). Hodie eidem iuri locum eſſe plurimorum ſententia eſt: cuius patronos aliquot ex potioribus in nota allegaui (b). Plures addere facile fuiſſet, ſed eos lubens praetereo, cum per ſe parua opera ingens eorum

An haec poena hodie obtineat?

Affirmant plurimi

Cap. II. I

(a) Vid. VINN. *Comment. ad §. 6. I. de SCto Tertulliano verb. Non petierint.*

(b) CARPZOV. *Part. II, Conſtit. Elect. I. Def. XV. num. 4.* IDEM *Part. III, Deciſ. CCLXXXVI.* LVDER. MENCKEN *Theor. & Prax. Pand. tit. qui petant tutores §. 2.* IO. PHILIPPI *Vſ. Pr. Inſt. Lib. III, Eclog. XXI,* HENNING. RENNEMANN. *Iuriſpr. Rom. Germ. Memb. I. Diſp. XXXXVII, Theſ. XXIIII. not. B.* IO. IOACHIM. SCHOEPFFER. *Synopſ. Pandect. Tit. Qui petant tutores num. 6. & ad Eum* IO. KLEIN. *Annotat. ad verb. Haec poena. itemque* DANIEL KOHLSHORN *not. B. Illuſtr.* STRYK. *Vſ. Modern. Pandect. eodem Titulo §. I. & II.* GEORG. ADAM. STRVV. *Syntag. Iur. Ciu. Exerc. XXXI. Theſ.*

Digitized by Google

rum agmen facile colligere poſſit, quisquis præter citatos perluſtrare cupit

auctores auctorum & qui laudantur ab illis.

Mihi nec eo labore tempus operamque perdere placet, nec moderni in peregrinis regionibus vſus adſertores (c) euoluere vacat.

II.

Rationes affirmantium: receptio iuris Romani, Quos iuris huius Romani vſum hodiernum propugnare dixi, illi prolixas ſuae ſententiae rationes reddere non ſolent. Sufficere potius putant, ſi tam diu pro iure communi pronunciandum afferant, donec contrarium reperiatur ſtatutum, vel alia ratio poenam, de qua quaerimus, abſorbeat (a). Ita ſola Romanae legis auctoritate ſe immunes arbitrantur ab onere probandi, quod in alios deuoluunt, ſi qui forte noſtra aetate aliter pronunciari debere contendant. Idque eo magis, quod pro priore ſententia hoc quoque videatur militare, quod in foris Germaniae ſecundum haec Romanorum inſtituta iudicatum [b], eandem-

praeiudicia.

Theſ. XXXII. ibique Petr. Muller. not. E. CHRISTOPH ZOBEL. *addit. ad Specul. Saxon, Lib. I. Art. XI. n. IIII. in fin. Add.* GEORG. BEYER *ad ff. Tit. Qui petant tutores, poſit. 3.*

(c) Ita in Sabaudia poenam hanc matri negligenti infligi, adiecto praeiudicio, refert ANTON. FABER *in Cod. Lib. V. Tit. XVIII. Defin. II. num. 3.* Idem de Belgio defendit VLR. HVBER. *Praelect. ad ff. Tit. Qui petant tutores, Theſ. II.*

II.

(a) *Illuſtr.* STRYK. *Add.* HVBER. *dict. loc.*

(a) Vid. CARPZOV. *et* PHILIPPI *locc. allegg.* Add. STRYK. *Vſ. Mod. ff. dict. Tit. §. IIII.*

Digitized by Google

demque poenam in legibus nonnullis & ſtatutis Germaniae nominatim repetitam fuiſſe conſtet. Id ipſum enim Conſtitutiones huius Magdeburgici Ducatus [c], Ius Prutenicum Prouinciale recognitum [d], ac ſtatuta Erfurtenſia [e], Francofurtenſia [f] & Hamburgenſia [g] abunde teſtantur. & ſtatuta.

(c) ORDINAT. POLIT. MAGDEB. *Cap. XXXXIII.* §. *V.* vbi mater ſub iactura ſucceſſionis tutorem petere iubetur intra ſex menſes.

(d) *Churfürſtlich Brandenburgiſches Reuidirtes Land-Recht des Hertzogthumbs Preuſſen de anno 1685. Lib.* II. *Tit. VI. Art. III.* §. *VI. Es iſt auch die Mutter und ſonſt alle Bluts-verwande Perſonen, ſo von den iungen unmündigen Kindern einiges Erbes gewärtig ſeyn mögen, zu Erbittung der Vormünder, und Erſuchung der Obrigkeit dermaſſen verbunden, wo ſie die ein Iahr anſtehen laſſen, und die Pfleg-Kinder hernach, ehe ſie zu ihren mündigen Iahren kommen, Todes abgehen, daß alsdenn ſie die Mutter und andere nechſte Erben ihrer Erb-Gerechtigkeit beraubet werden. Sie hätten denn rechtmäſige unvermeidentliche Noth, Urſach und Verhinderung gehabt, derhalben ſie die Obrigkeit angezeigter maſſen nicht erſuchen mögen.*

(e) ORDINAT. POLIT. ERFVRT. *Tit. XV. cap. IIII.* §. *da aber auch die Mutter* 2.

(f) REFORMAT. FRANCOFVRT. *Part. VII. Tit. II.* §. *VI.*

(g) STATVT. HAMBVRG. *Part. III. Tit. VI. Art. X. vbi negligentia trimeſtris hac mulcta coercetur.*

Digitized by Google

III.

Reſponſio: Cum his ego de praeſumtione pro valore iuris Romani [a] non diſputabo. Attamen illam fruſtra hoc loco allegari exiſtimo. Neque enim eadem a quoquam ad eas Iuſtiniani leges applicatur, quibus ipſe Imperator per recentiores Conſtitutiones derogauit. Id vero fatum fuiſſe ſanctionum, quibus matrem in tutore liberis petendo negligentem eorum ſucceſſione priuari docui, deinceps oſtendam [b]. Quo poſito nihil moror ſententias ac res iudicatas falſa perſuaſione nixas, qui praeiudicia, quae vocant, etiam iterata veritati non facere praeiudicium ſciam (c). Iura peculiaria ſiue prouincialia ſiue ſtatutaria, quamuis errore obtenta [d] ſuis quaeque regionibus ac municipiis ſeruanda concedo, ex illis vero iudicandum nego, quae Romani iuris capita generatim in foris Germanorum obtinere debeant, de quo ſolo me nunc ſolitum eſſe edixi [e].

1) Ipſe Iuſtinianus ſuo iuri derogauit,

2) praeiudicia ex errore orta,

3) ſtatuta particularia non probant ius generale.

IIII.

Alii negant Alii e contrario poenam hanc noſtris temporibus minime conuenire docent. Quod quam vere aliqui de Gallia [a] ac Belgio [b] praedicent, alii viderint. Mihi

III.

(a) De qua vid. *Illuſtr.* BERGER. *de Vſu Action. poenal. pag. 67. ſeqq.*
(b) *Cap. ſeq. III.*
(c) Vid. *Dn.* GRIBNER. *de Obſeruantiis Collegiorum Iuridicorum.*
(d) arg. *l. 39. ff. de Legibus.*
(e) *Cap. praec. I. §. II.*

IIII.

(a) MONTAN. *de Tutelis Cap. XVIII. num. 29.*
(b) CHRISTINAEVS *Vol. IIII. Deciſ. LXIII. num. 7.*

GROE-

Mihi in illorum ſententiam inquirendum eſt, qui Germanorum etiam matres non niſi ad intereſſe liberis praeſtandum obſtrictas [c], ab hac vero mulcta immunes eſſe perhibent; niſi tamen, quod quidam addunt, poena Romana moribus ſpeciatim alicubi recepta probetur (d), aut mater ad ſecunda vota tranſierit (e). **cum temperamento.**

V.

Horum ſententia his fere rationibus nititur. Primum quia ius nouiſſimum matri legitimam liberorum ſuorum tutelam detulit, eandem ab illa, quoties alium tutorem non petiit, ſuſceptam videri contendunt (a). Deinde nec tantam, ac olim, vigilantiam a matre putant requirendam, poſtquam ipſi magiſtratus pupillis de **_Horum rationes:_ tutela materna, officium magiſtratus**

GROENEWEGEN *ad L. 8. C. Qui petant tutores vel curatores.* WISSENBACH. *Exerc. ad ff. Part.* I. *Diſp. L. Theſ. XXI.* VINN. *ad §. 6. I. de SCto Tertull. verb.* non petierint. LVCAS VAN DE POLL de *Exheredatione & Praeteritione Cap.* LVII. §. XVIIII.

(c) Quod docet IO. GEORG. FLECK. *Bibliothec. Iur. Ciuil. Lib. I. Tit.* LXVIII. *num. 6.*

(d) Quae D. EPHRAIMI GERHARDI doctrina eſt, *Delineat. Iur. Ciuil. ſecund. ordin. Pandect. Tit. Qui petant tutores vel curatores §. 4.*

(e) Vid. *Illuſtr.* BERGER. *Reſolut. Leg. obſtant. in Compend. Iur. Lauterbach. eod. tit. pag. 503.*

V.

(a) *Illuſtr.* BERGER. *dict. loc. Add.* WISSENBACH. *ad Pandect. Part.* I. *Diſp.* I. *Theſ. XXI.* VLRIC. HVBER. *Praelect. ad ff. Tit. Qui petant tutores vel curatores, Theſ.* II.

Digitized by Google

& mores contrarii.

de idoneo tutore proſpicere diſtrictius tenentur (b). Denique ipſa experientia ſatis demonſtrari exiſtimant morum noſtrae patriae ab illo Romanorum iure divortium.

VI.

Dubia circa argum. *I. Tutela materna, a) vſum aliquando reſtringeret,*

Enimuero, tametſi quid ponderis ineſſet argumentationi, quae a iure tutelam ſuſcipiendi ipſi matri conceſſo (a) ducitur, nihil tamen inde ſequeretur amplius, quam infrequentius hodie petendum eſſe tutorem, ac olim. Tota ſanctio poenalis ideo non corrueret, ſed toties haberet locum, quoties mater tutelam legitimam ſuſcipere aut nollet (b), aut non poſſet: quod ſaepius accedit. Quid enim ſi tutor teſtamentarius defierit, aut alius eidem adiungi debeat (c)? Sane fruſtra legitimam tutelam mater occupabit, poſtquam non niſi datiuae locus ſupereſt (d). Quid ſi alius tutor conſtitutus ſit, ſed tutelae miſceri grauetur, aut teſtamento ille-

quandoque contra *ſaluum relinqueret.*

(b) GEORG. BEYER. *ad ff. eodem titulo poſit.* III.

VI.

(a) *Nouell.* CXVIII. *Cap. V.*

(b) quia non niſi volenti defertur *dict. Nou.*

(c) quo caſu mater ſub eodem praeiudicio alium tutorem petere tenetur. Vid. *Cap. praec.* I. §. *VI.*

(d) VLPIAN. *l. 11. §. 1. 2. ff. de teſtamentaria tutela.* Ne etiam tutela partim ex teſtamento, partim ab inteſtato deferatur. Vid. omnino *Illuſtr.* THOMAS. *Not. addition. ad* HVBERI *Praelect. in Inſtitut. Tit. de his qui tutores teſtamento dari poſſunt Theſ.* III. *pag. 42-44.*

Digitized by Google

illegitime ad eam vocatus fuerit (e)? Tum quoque tutelam ab ipſa matre recte ſuſcipi nemo dixerit (f).

VII.

Deinde valde vereor, ne & poteſtas & praeſumta voluntas tutelam liberorum ſuſcipiendi ad matrem ab obligatione, de qua huc vſque actum fuit, eiuſque violatae poena liberandam non ſufficiat. Sane mater regulariter non explet officium, cum pro tutrice filii negotia adminiſtrat (a). Alias omni tempore obtinuiſſet, quod illi ipſi, aduerſus quos haec diſputo, demum Nouellae CXVIII. beneficio adſcribunt. Deinde in poenam conſtitutionis etiam incidit, quae a marito haeres ſcripta & filio communi puberi facto hereditatem reſtituere rogata quamuis nihil habenti tutorem non petit, tantum ad id, vt ei fideicommiſſi nomine ſatiſdationem pro impubere praeſtet (b). Quo ergo colore excuſabitur, quae ſe tutelam ſuſcepiſſe obtendit, nec tamen ſatisdedit (c)? Adde, quod tutrix

b) ne quidem excuſat priuato auſu ſuſcepta ob adminiſtrationem pro tutrice non ſufficientem, ſatiſdationem neglectam, omiſſam renunciationem

D eſſe

(e) Nam his quoque caſibus officium matris requiri probaui *Cap. praeced.* §. VI.

(f) quia tutorem habenti tutor dari non poteſt TRYPHONIN. *l. 27. ff. de teſtamentaria tutela* & quamdiu teſtamentaria tutela ſperatur, legitima ceſſat. VLPIAN, *dict. l. 11. pr. eodem titulo.*

VII.

(a) cum hoc paterno teſtamento expreſſe cautum eſſe oporteat. ID. *l. 2. §. 25. ff. de SCto Tertulliano & Orficiano.*

(b) ID. *dict. Leg.* §. 46.

(c) vt tutelae nomine obligabatur *pr.* I. *de Satisdatione tutorum vel curatorum.*

Digitized by Google

beneficiorum muliebrium & confirmationem.

eſſe non poſſit, quae Senatuſconſulto Velleiano ac reliquis mulierum beneficiis apud acta non renunciauit. (d). Denique cum iure imperii nemini, antequam decreto magiſtratus confirmetur, tutelam adminiſtrare liceat (e); neſcio, an audiri mereatur excuſatio, quam allegare eſt peccatum in legem admiſſum profiteri (f).

VIII.

Dubium circa arg. II. *Magiſtratus cura nec Romae ceſſabat,*

Magiſtratum quod attinet, certum eſt, illum hodie quam maxime compelli ad tutorem impuberi eodem opus habenti ex officio dandum (a). Sed vice verſa id quoque certum eſt, falli eos, qui, cum de iure Romano quaeritur, hic quoque crepant (b) vulgatam alias

(d) IVSTINIAN. *l. 3. C. quando mulier tutelae officio fungi poteſt, Nouell.* LXXXXIIII. *cap.* II. *Nouell.* CXVIII. *cap. V.*

(e) RECESS. IMPER. *anni* MDLXXVII. *Tit.* XXXII. §. II.

(f) Sane fruſtra ſe tuetur legis praeſidio, qui in legem peccat. Et mater iterato nubens, cum tutelam contra iuris prohibitionem continuat, eo ipſo poenam ſucceſſionis amittendae non euitat, ſed potius ex duplici capite mereri videtur ANT. FABRO *in Cod. Lib. V. Tit.* XXI. *Def.* II. *num. 11.* & CARPZOVIO *Part.* II. *Conſt. Elect.* XI. *Defin.* XV. *num. 3.* primum quia officium tutoris petendi negligit, ſecundo quia tutelam perperam & contra leges ipſa gerit.

VIII.

(a) Vid. ORDIN POLIT IMPER. *anni* MDXXXVIII. *Tit.* XXXI. *dict. Tit.* XXXII. *pr.* DECIS. ELECTOR. SAXON. XXXXI.

(b) cum WESENBECIO *ad ff. tit. Qui petant tutores vel cura-*

Digitized by Google

lias regulam: Praetor non ſuccurrit niſi imploratus (c). Nam & apud Quirites ad curam publicam pertinebat, pupillis ſubuenire (d). Deinde quo maius ipſi magiſtratui ex neglecta pupillarum defenſione periculum imminet, eo magis aequum eſt, ad officium faciendum compelli eos, qui magiſtratum rogare iubentur, vt tutorem det. Neque enim ipſe eo minus opus habet priuatis, qui ipſum de neceſſitate tutoris conſtituendi admoneant: cum facilius ſit, quemuis ſuae familiae curam gerere, quam magiſtratum per ſe omnibus pupillis tutore carentibus (e) proſpicere. Denique tutorem petere, eſt inſtruere magiſtratum, quis tutelam idonee adminiſtraturus videatur, & vt is tutor detur nominatim poſtulare (f). At quis patri pupilli amiciſſimus ac negotiorum eius peritiſſimus ſuperſit, mater et optime ſcire, & pro ſua in filium pietate fideliſſime indicare praeſumitur. Durat igitur ratio, ob quam

nec alios excuſat,

qui magiſtratum monere tenentur,

curatores §. I. quem recte ptopterea notant BVCHOV. & HAHN, *in Not. ibid.* quamquam hic fruſtra obiiciat, tutoris conſtitutionem pertinere ad ius dicentis officium per *leg. 1. ff. de iurisdictione*, quae idem aſſerit de iudice litigantibus dando, quod non faciet iudex niſi imploratus.

(c) quam deducunt ex *l. 4. §. 5. ff. de damno infecto.*

(d) monente DIVO SEVERO apud MODESTIN. *l. 2. §. 2, ff. Qui petant tutores vel curatores.*

(e) quorum notitia non protinus ad eum peruenire poteſt, niſi ſint, qui deferant ipſorum nomina. IO. VOET. *Commentar. ad ff. Tit. Qui petant tutores vel curatores n. 1.*

(f) Vid. *Cap. praec.* §. VIII.

quam ipſa tutorem petere iubetur, licet iudex, rerum priuatarum plerumque ignarus, ad tutorem dandum efficaciſſime obſtringatur. Vnde ſalua magiſtratus obligatione nihiloſecius alios etiam ad tutores pupillis ab eo petendos legibus & ſtatutis Germaniae obligari poſſim videmus (g).

etiam legibus hodiernis.

VIIII.

Dubium contra argum. III. *Mores contrarii* 1) *gratis ſupponuntur:* *a) ob defectum conſuetudinis poſitiuae,* non allegatis exemplis hereditatis ſeruatae,

Denique ad mores contrarios gratis prouocari exiſtimo, quouſque non probatur, conſuetudo legitime introducta, qua mater officii in tutore liberis petendo oblita tamen ad ſucceſſionem impuberum admittitur, excluſis heredibus poſt eam proximis, quantumvis hi poenam priuationis vrgeant, & hereditatem matri, tamquam indignae, ablatam ſibi addici poſtulent. De eo vero altum apud omnes, aduerſus quos haec diſputo, ſilentium regnat, nec quemquam inter eos reperire potui, qui in ipſis rerum argumentis Praxique forenſi matris negligentiam vel ſemel aut impunem aut alia poena caſtigatam fuiſſe docuerit.

X.

b) & ne quidem non-vſum probatum,

Supereſt igitur, vt quia contrariam conſuetudinem probare nequeunt, ad deficientem Romani iuris ſucceſſionem matri tutorem non petenti adimentis vſum prouocent. Sed ne ſic quidem quidquam proficiunt. Nam cum caſum violati a matre officii, quaeſtioniſque ipſi ea propter motae nullum allegent; nequidem opus eſſe videtur, vt cum iis contendam, vtrum lex aliqua Romana ſingularis ideo nullam in foris hodiernis auctoritatem habeat, quod eius vſus hucusque vulgo

deficientibus exemplis materni officii neglecti.

(g) Vid. §. *praec.* VIIII. *Add.* ORDINATIO TVTORIA LIPSIENS. quae inter *Statut. Lipſ. pag.* 245-269. reperitur, §. III. VII. & XVIII.

vulgo neglectus fuerit (a)? Neque enim dubito, quin legum non-vſus, quem vocant, aliquos minimum caſus praerequirat, quibus eaedem, cum potuerint, applicatae tamen haud fuerint (b): qualem nondum produxerunt, qui Iuri Iuſtinianeo mores Germanorum in hac lite opponunt. Patet igitur, nihil afferri, quo obtenſum hodiernae obſeruantiae a iure ciuili diſcrimen demonſtretur. **ad non-vſum iuris Romani probandum neceſſariis.**

XI.

Plus dicam: Eam perſuaſionem cum exempla matrum, ob tutorem liberis non petitum, eorum ſucceſſione in Germaniae quoque foris priuatarum (a) contutant, tum aliae coniecturae legitimae refellunt. Quippe probabile eſt, iudices noſtros ita aut pronunciare conſueuiſſe, aut ſaltem, ſi quaeſtio in poſterum offerretur, pronunciandum exiſtimaſſe, prout iura Germaniae ſpecialia (b) deinde diſpoſuerunt. At poenam ſuc- **Immo 2) *confutantur exemplis & ſtatutis*** **poenam priua-**

X.

(a) Quod negat VLRICVS HVBERVS *Praelect. ad ff. Tit. Qui petant tutores vel curatores Theſ. II.*

(b) Fac enim per quodcumque temporis interuallum tantum fuiſſe pro impuberibus aut ſolicitudinem matrum Germanicarum, vt nulla filium indefenſum reliquerit, aut vigilantiam magiſtratuum, vt nemo pupillus tutore caruerit. Ideone eos, qui deinceps negligentiae arguuntur, defendi putabimus, eo argumento, quod ante ipſos nemo eandem poenam promeruerit? Quaſi vero praecedentis aetatis innocentia ſubſequentis peccatis impunitatem praeſtaret.

XI.

(a) quae allegaui §. *praeced. Not. A.*

(b) vtpote ex obſeruantiis cuiuſque fori & communi iudicantium opinione plerumque collecta.

Digitized by Google

tionis irrogantibus,

ſucceſſionis amittendae matri tutorem non petenti legibus prouincialibus ac ſtatutis ciuitatum, imitatione Romanorum, in patria noſtra dictari manifeſtum eſt (c).

XII.

nec producitur ius Germanicum contrarium,

Contra nondum quiſquam ius Teutonicum quodcumque produxit, quo mater aut impunis dimittitur, aut mitiori poenae ſubiicitur. Neque enim moror ius Lubecenſe, quamquam id iacturam ſucceſſionis remittere nonnullis videatur (a). Mihi aliud placet, ſi amiſſionem hereditatis iure communi irrogandam ponas. Nec eo moueor, quod poena arbitraria matri liberis intra tres menſes tutorem non petenti Lubecenſium ſtatutis infligatur (b). Neque enim, qui breuiorem tutoris petendi terminum ſub levioris poenae comminatione introducit, ideo veterem annalis negligentiae mulctam tollit (c). Vt parum accurati interpretes videantur, qui ſtatuta, quibus hanc iuris ciuilis ſanctionem confirmatam, ſed non aeque copioſe ac in legibus Iuſtinianeis, per omnia capita repetitam

quo Lubecenſe falſo refertur.

Melior interpretatio ſtatutorum,

(c) & probaui §. *praeced. III. Not. B - F.*

XII.

(a) vt illuſtri STRYKIO *Vſ. Modern. ff. Tit. Qui petant tutores vel curat.* §. *II.*

(b) IVS LVBEC. *Lib. I. Tit. VII. Art. XII.*

(c) Exemplo eſſe poteſt ORDIN. POLIT. ERFVRT. quae, poſtquam nominatim ſanxerat, vt mater atque auia intra annum, ſub iactura hereditatis a liberis ſperatae, tutores iisdem peteret *Tit. XV. Cap. IIII.* §. *II. da aber auch;* paulo poſt nihilo ſecius altero ſtatim menſe, *alsbald nach Verfließung des Trauer-Monats,* tutores nominari iubet §. *Und da aber kein VIII.*

Digitized by Google

petitam legunt, opponunt iuri Romano (d), ex quo illa in caſibus omiſſis longe rectius ſuppleuiſſent.

XIII.

Qui poenae Romanae, matres tutorem non petentes ſucceſſionis amiſſione mulctanti, Germaniae inſtituta opponunt, poterant & hoc addere, quod Groenewegius vrget. Negat is, moribus hodiernis obtinere poenas iure ſuo quemquam priuantes (a). Nec dubito aliquos mutata lites peragendi ratione leges Romanas priſtinum ius peccantibus adimentes Germanorum negotiis perperam aliquando applicare: veluti cum hodie quoque obtinere debere contendunt (b), quod Romano iure cautum erat (c), vt poſſeſſio, quoties eam reus negauit, ab actore probata in hunc transferatur. Quam ſanctionem à noſtris moribus alienam eſſe rectius alii arbitrantur (d).

Argumentum III. Ceſſatio hodierna poenarum priuationis

exemplo rei, qui ſe poſſidere negat.

XIIII. Ve-

(d) Quo etiam refero, quod HENNING. RENNEMANNVS *Iprud. Romano - Germ. Membr. I. Diſput. XXXXVII. Theſ.* XXVI. *Not. II.* apud Erfurtenſes ſolam matrem & auiam ſucceſſione priuandam doceat, ideo, quod ea poena his quidem in ſtatuto dictetur, poſtea vero quoad alios ſucceſſionem proxime ſperantes haud repetatur.

XIII.

(a) GROENEWEGEN *de legibus abrogatis ad l. 8. C. Qui petant tutores vel curatores*, quem ſequitur IO. VOET. *Commentar. ad ff. eodem titulo num. 4.*

(b) quod facit *Illuſtr.* STRYK *Vſ. modern. ff. dict. titulo* §. VI.

(c) teſte FVRIO ANTHIANO *Leg. vlt. ff. de Rei Vindicatione.*

(d) Nam dicta *lex vlt.* non agit de Rei vindicatione, verum de-

Reſp. Eadem fruſtra generaliter aſſeritur: Verum enim vero vtut hoc nonnumquam contingere certum ſit; attamen plerumque rationem haud video, quare hodie legum contemtoribus vel impunitatem concedere vel aliàm, quam priuationis apud Romanos vſitatæ mulctam irrogare debeamus. Tametſi enim detur, pœnas priuatorum magis quam fiſci vtilitatem promouentes rebus publicis democraticis potiſſimum conuenire: tamen Ariſtocratiae aeque ac Monarchiae rationes ferunt, vt princeps vel optimates, poſthabita aerarii cura, poenarum commoda parti laeſae quandoque tribuant (a). Id enim tot poenae ordinationum proceſſualium violatoribus eo effectu, vt non fiſcus locupletetur, ſed pars aduerſa litem vel integram vel incidentem vincat, toto die infligi ſolitae abunde teſtantur (b). Vt taceam, noſtrum quoque imperium ciuitates habere, quae populari regimine gubernan-

cum democratiae nec ſolas poenas aduerſario applicandas ferant

nec e Germania exulent.

de actione ad exhibendum, quae hodie rei vindicationi non praemittitur. Illuſtr. THOMAS. *Not. ad ff. eodem titulo p. 107.*

XIIII.

(a) Vid. *Nou.* XXII. *Cap.* XXII. Ita quoties creditor ſchedulas monetarias ſecundum praeceptum regium paratae pecuniae loco accipere detrectat, dimidium crediti accuſatori addixit *articulus XII.* EDICTI *a Rege Daniae potentiſſimo d.* VIII. *April.* CIƆIƆCCXIII. *promulgati*, quod exhibet Dn. PAVL. IAC. MARPERGER *in der Beſchreibung der Banquen und von deroſelben wie auch der Banquiers ihrem Recht Cap. XV. pag.* 321-324.

(b) Ita vt vnicum ex quam plurimis exemplum adducam, reus in primo ſtatim termino contumax exceptiones dilato-

bernantur (c). Vnde potior mihi videtur illorum cauſſa qui earum quoque poenarum, quibus delinquentes iure ſuo priuantur, vſum hodiernum defendunt (d).

CAPVT III,

Quo ſucceſſionem liberorum matri in tutore ipſis petendo negligenti non adimendam eſſe iure Nouellarum defenditur.

I.

Ergone illis tandem aſſentiendum dicam, quos retuli (a) matrem in tutore petendo negligentem hodie quoque a liberorum ſucceſſione excludendam arbitrari? Minime vero. Potius nullum harum legum vſum ſupereſſe puto, vbicumque recentio- *Auctoris ſententia, poenam priuationis ceſſare*

E

dilatorias amittit, REC. IMPER. *anni* CIƆIƆCLIIII. §. XXXV. & iure Saxonico cauſſa cadit ſecundum mores receptos & diſpoſitionem IVRIS SAXONICI PROVINCIALIS *L.* II. *Art.* VIIII. *et* XXIIII. *Lib.* III. *Art.* XXXVIIII, & ORDINAT. PROCESS. SAXON. *Tit. X.* §. IIII.

(c) MONZAMBAN. *de Statu imper. Germanic. Cap.* VI. §. II. Exempla exhibet FECIALIS EVROPAEVS *Tom.* I. *Part.* III *Cap.* IIII. *Tit. V. paſſim. p.* 734. *ſeqq.*

(d) cum VLRIC, HVBER. *Praelect. ad Pandect. Tit. Qui petant tutores. Theſ.* II.

Cap. III. I.

(a) *Cap. praecc.* I. §. I.

Digitized by Google

tioribus temporibus poena haec ſpecialiter non probatur recepta. Sed nec legitimae matris tutelae (b) eam vim tribuendam, nec leges aut conſuetudines imperii iuri ciuili contrarias comminiſcendas exiſtimo. Quid ergo? Ipſum ſacratiſſimum Imperatorem, qua fuit in ſequiorem ſexum indulgentia(c), matribus, antequam ipſas ad legitimam filiorum impuberum tutelam vocaret, priorum legum poenam remiſiſſe aio. Quod vt manifeſtum fiat, probe ponderanda eſt veteris iuris particula, cuius pertractationem in hunc locum diſtuli.

vtpote ſublatam a Iuſtiniano ante Nou. CXVIII.

II.

Ratio, quia requirebat liberos impuberes morientes

Nimirum poena haec priuationis adſtricta erat ad pupillarem liberorum aetatem, quam ſi viuendo ſuperaſſent, ceſſabat illa legis veteris animaduerſio, & mater liberorum puberum morientium hereditatem ab inteſtato acquirebat. Erat hoc adeo inter omnes receptum, vt CONSTANTINVS Imperator ne quidem ea de re dubitandum reſcripſerit(a). Idemque THEODOSIVS & VALENTINIANVS in matre nuptias iteratas ante tutelam in alium translatam contrahente con-

teſtantibus legibus Conſtantini, Theodoſ. & Valent.

(b) per *Nouellam* CXVIII. *Cap. V.* demum introductae.

(c) vt IPSE teſtatur *Leg. vlt.* §. 1. *ff. Qui potiores in pignore habeantur.*

II.

(a) *Matres*, inquit, *quae puberes amiſerunt filios, licet impuberibus eis tutores non petierint, praeſcriptione tamen non petiti tutoris ad excludendam eorum ſucceſſionem minime debere praeſcribi*, *CERTVM EST. Leg. 3. C. ad SCtum Tertullianum.*

Digitized by Google

conſtituerunt (b), pariterque omnes pupilli heredes proximos ſcire iuſſerunt (c]. Et quid multis? Ipſi Inſtitutionum Iuſtinianearum architeti poenam hanc ad liberorum impuberum morientium ſucceſſionem reſtrinxerunt (d), nec temere occurret aliquis contrariae ſententiae propugnator (e). itemque Iuſtiniano.

III.

Habes diſpoſitionem iuris, cuius ratio ſedulo inueſtiganda reſtat. Doctores in diuerſa abeunt. Et forte fuerunt, qui hoc ex ipſa *Diui* SEVERI Conſtitutione deriuandum cenſuerunt (a). Nam cum haec matrem ab hereditate *inteſtatorum* filiorum excludat(b: videntur illi hoc de liberis impuberibus, & ob id te- *quod non fluxit 1) ex Conſtitutione Seueri,* quae requirit filios inteſtatos

E 2 ſtan-

(b) *Leg. 6. C. eodem titulo.*

(c) *Leg. 10. C. de Legitimis heredibus.*

(d) §. VI. I. *de SCto Tertulliano.*

(e) Vnus HERMANNVS VVLTEIVS *Commentar. ad dict. §. in fin.* rem inuertit, matremque a poena liberat, quoties filius impubes moritur. Sed *lex 3. C. eodem titulo,* ad quam prouocat, hoc praeter mentem auctori excidiſſe, aut deſcribentis vel Typographi errore irrepſiſſe ſatis oſtendit.

III.

(a) Quo neſcio an referendus ſit DIONYSIVS GOTHOFREDVS, qui cum de matre, quamuis negligente, filio puberi ſuccedente agit, ad *l. 2. §. 2. l. 4. §. 3. ff. Qui petant tutores vel curatores* prouocat. *Not. L. ad L. 3. C. ad SCtum Tertullianum.*

(b) Vid. *dict. l. 2. §. 2. Add. dict. l. 4. §. 3.* vbi iisdem verbis TRYPHONINVS vtitur.

Digitized by Google

cum impuberibus minime confundendos.

ſtandi iure deſtitutis cepiſſe. Sed valde vereor, vt haec Imperatoris mens fuerit. Sane licet impuberes plerumque inteſtatos decedere minime negem: foret tamen inconcinnum, ad impuberem deſignandum inteſtati voce quaſi Synonyma vti. Nam & qui ad pubertatem peruenerunt, toto die inteſtati moriuntur, & pupillum inteſtatum decedere minime neceſſe eſt, quandoquidem pater pupillariter ſubſtituens ipſi teſtamentum condere potuit (c). Quare cum nec omnis inteſtatus impubes, nec omnis impubes inteſtatus dici queat; fruſtra de impubere explicantur, quae de inteſtato SEVERI Conſtitutio ſanxit (d). Quo poſito nihil amplius in eadem ſupereſt, ex quo amiſſio ſucceſſionis ad impubertatem reſtricta probetur.

IIII.

nec 2) ex poenae poſt tempus delicti inflictae iniquitate, quam non probat l. 24. d. his qui not,

Alii ad aequitatem prouocant, quae non patiatur, quemquam alio tempore puniri, quam quo deliquit (a). Ea vero aſſertio meram aequitatem cerebrinam redolet, nec vlla idonea ratione probatur. Vnum forte pro ea tuenda poſſet allegari, quod nec manumiſſae

(c) *pr.* I. *de pupillari ſubſtitutione L.* 42. *ff. de acquirenda vel omittenda hereditate.*

(d) Nec obſtat, quod matri etiam hereditas ex ſubſtitutione pupillari delata aufferatur. Iam enim dixi, id quoque ſucceſſu temporis introductum fuiſſe. Ipſa Conſtitutio non niſi legitimam ſucceſſionem auffert, non eam, quae ex alieno iudicio deſcendit, vt latius oſtendi *Cap. praec.* I. §. VIIII.

IIII.

(a) HAHN. *ad* WESENBEC. *Tit. Qui petant tutores vel curatores Num.* 2,

Digitized by Google

miſſae mulieris famae obſit, ſi quaeſtum corpore fecerit, cum in ſeruitute eſſet (b). Enimuero indulgentia Principis erga ancillam, domini violentiae forte cedere coactam, perperam pro regula allegatur: maxime cum in pari crimine (c) is, qui in ſeruitute peculiaria mancipia proſtituta habuit, etiam poſt libertatem infamia notetur (d). Sane etiam poſt ſtatum delinquentis mutatum ex delicto venientes obligationes cum capite ambulant (e), nec quiſquam delictis exuitur, quamvis capite minutus ſit (f). Multo minus igitur mutata laeſi conditione crimen exſtinguetur. Alias, vt alia exempla omittam, multae exheredationis cauſſae tollentur (g). Et quid multis? Ipſa haec ſucceſſionis amittendae poena non poteſt niſi alio, quam quo peccatum, tem-

& potius convellunt poenae delictorum ſub aliena poteſtate commiſſorum,

exheredationes

& ipſa ſucceſſionis amiſſio.

(b) quemadmodum Imperator SEVERVS reſcripſit teſte VLPIANO *in l. 24. ff. de his, qui notantur infamia.*

(c) Nam lenocinium exercere & corpore quaeſtum facere pari fere paſſu ambulat, vt colligere licet ex EOD. *l. 43. §. 6. ff. de Ritu nuptiarum.*

(d) ceu ex POMPONIO tradit ID. *l. 4. §. 3. ff. de his qui notantur infamia.*

(e) PAVLVS *l. 7. §. 1. ff. de Capite minutis.*

(f) VLPIANVS *l. 2. §. 3. ff. eodem titulo.*

(g) Ita exheredari poteſt, qui teſtamentum condere prohibuit parentes *Nou. CXV. Cap.* III. §. 9. vel filios *Cap.* IIII. §. 4. aut eosdem non curauit furioſos *Cap.* III. §. 12. *Cap.* IIII. §. 6. aut ab hoſtibus captos non redemit. *Cap.* III. § 13. *Cap.* IIII. §. 7. cum tamen teſtari nequeant laeſi, niſi a prohibitione, furore vel captiuitate liberati.

Digitized by Google

tempore & ſtatu laeſi executioni mandari. Nam quia viuentis nulla hereditas(h), nec poteſt mater ſucceſſione filii priuari, niſi mortui, quem viuum laeſerat. At plus diſtat mortuus a viuo, quam pubes ab impubere. Igitur iniuriae vindictam, quam laeſi mors tollere nequit, multo minus eiusdem pubertas abolebit.

V.

nec 3) ex deficiente neceſſitate minori tutorem petendi, quod argumentum vt vt verum,

Nonnulli filio poſt pubertatem mortuo matrem ideo omnino excuſari tradunt, quia ipſi neceſſitas minori tutorem petendi non incumbit (a). Sed nollem ICtis exercitatis excidiſſe ratiocinationem a praeceptis iuſtae argumentationis tantopere alienam. Quamquam enim explorati iuris fuerit, matrem ad curatores liberis minoribus petendos non obſtringi (b); non video

(h) POMPON. *l. 1. ff. d. hereditate vel actione vendita. Ill.* THOMASIVS *de legitima viuentis Cap. I. §. I.*

V.

(a) ANT. FABER *in Cod. Lib. V. Tit. XVIII. Defin. II. num. 2.* CARPZOV. *Part. II. Conſtit. Elect. XI. Defin. 15. n. 7.* PETR. MVLLER. *ad Struu. Syntagm. Iur. Ciu. Exerc. XXXI. Theſ. XXXII. Not. η. Add.* GEORG. ENGELBRECHT *Compend. Iuriſprud. Lib. XXXXIIII. Theſ. XII.* IO. GEORG. FLECK. *Bibliothec. Iur. Ciu. Lib. I. Tit. LXIII. num. 2.* vbi hodie eandem rationem eſſe putat puberis decedentis, adeoque veroſimiliter ad neceſſitatem habendi curatorem reſpicit, cum quoad reliquas rationes differentia nulla inter ius vetus ac hodiernum, etiam ex ſententia Doctorum, intercedat.

(b) *Imp.* ALEXANDER *l. 6. C. Qui petant tutores vel curatores. Add. §. praec.*

Digitized by Google

video tamen, quid inde vel fidiculis adhibitis extorqueri poſſit, quod ad praeſentem quaeſtionem decidendam faciat. Nihil enim inde ſequitur, niſi matrem ob curatores liberis minoribus haud petitos eorum ſucceſſione priuari non poſſe. Id vero iam plane in controuerſiam non venit, ſed de eo diſceptatur, cur filii puberis decedentis hereditas matri ob negligentiam in tutore ipſi, cum impubes eſſet, petendo admiſſam non adimatur? A qua quaeſtione toto coelo aberrat, quiſquis minores ipſos ſibi petere curatorem reſpondet (c). tamen a quaeſtione alienum eſt.

VI.

Plerique matri quamuis in tutore liberis petendo negligenti, quoties ipſi puberes moriuntur, praeſumta defunctorum voluntate eorum hereditatem addici docent. In quo ipſos falli minime dubitarem, ſi ſuam ſententiam quam plurimorum naturalis iuriſprudentiae Doctorum placitis defenderent, cum ſucceſſionem ab inteſtato naturaliter ad eos pertinere contendunt, quibus defunctos inprimis fauiſſe, adeoque bona ſua prae caeteris relicta voluiſſe probabile eſt (a). Hi enim non modo gratis ſupponunt, dominio

An ex remiſſione tacita puberis?

Cum ſucceſſio ab inteſtato ſequatur voluntatem defuncti, non quidem naturali

(c) Niſi forte ſupponatur, neminem ob officium, quod defunctis tempore mortis non amplius debebatur, neglectum hereditate priuari. Id vero ſatis confutaui §. *praeced. IIII.* Adde, quod nec mortis tempore tutore indigeant pupilli, quibus mater eum compulſa petiit. At horum etiam hereditas ad proximum a matre ſucceſſorem perueniebat. VLPIAN. *l. 2. §. 24. ff. ad SCtum Tertullianum & Orphitianum.*

VI.

(a) HVG. GROT. *de Iur. Bell. et Pac. Lib. II. Cap. VII. §. III.*

PVF-

Digitized by Google

attamen ciuili iure, adeoque pubes inteſtatus innuat,

minio naturaliter ineſſe facultatem de rebus noſtris diſponendi in caſum, cum noſtrae eſſe deſierint, quod morte contingit (b). Illi vero certius ſuae argumentationis praeſidium in iure ciuili inueniunt, quod ſucceſſionem a tacita inteſtatorum voluntate manifeſte deducit (c). Aiunt igitur, puberem, vtpote qui teſtamento

PVFENDORFF *de Iur. Nat. & Gent. Lib.* IIII. *Cap. XI.* §. *I. et II.* ID. *d. offic. hom. et ciu. Lib. I. Cap.* XII. §. X. ANDR. ADAM HOCHSTETTER. *Colleg.* PVFENDORF. *Exercit.* VIII. *Theſ.* XI.

(b) Quod amplius euincere conatus eſt D. IO. FRANC. BVDDEVS *de Teſtamentis ſummorum Imperantium Cap.* I. §. III-VIIII. in *Select. Iur. Nat. et Gent. pag. 497-510.* Sed vltimas voluntates iure naturali inualidas eſſe oſtendunt FERD. VASQV. *d. Succeſſion. et vltim. volunt. Lib.* I. §. I. *num. 9. 22. 23. Illuſtr.* COCCEI. *de* Iur. *Bell. et Pac. in Regno Portugall.* §. VII. VLRIC. HVBER. *d.* Iur. *Ciuitat. Lib.* II. *Sect.* VI. *Cap.* VII. *num. 4. 5. Illuſtr.* THOMAS *in nott. ibid.* ID. *d. Origin. Succeſſion. Teſtamentar.* §. VIII. XXII. ID. *Fundam. Iur. Nat. et Gent. Lib.* III. *Cap.* X. §. VIIII. *Dn.* GVNDLING. *Iuriſprud. Natural. Cap.* XVIIII. §. *LXV.* LXVIII. *Dn.* IO. FRIDERIC. HOMBERGK *zu Vach Hypomnem. Iur. Gent. Cap.* II. *Tit. X.* §. III. *Tit.* XI. §. VII.

(c) PAVL. *l. 8.* §. *1. ff. de Iure Codicillorum.* Quod ita velim intelligi, vt quia lex certis perſonis ab inteſtato defert ſucceſſionem, ideo paterfamilias, quoties teſtamentum nullum condit, his ſponte ſua legitimam hereditatem relinquere credatur. Scio, rem inuerti ab HVBERO, qui libera de bonis poſt mortem diſponendi facultate ciuibus ſemel conceſſa, conſentaneum fuiſſe putat, vt lex aliud ne ageret, quam defectum vltimae voluntatis ſupple-

Digitized by Google

mento condito proximis heredibus praeiudicare poteſt(d), eo omiſſo iniuriam ſibi factam tacite remittere, ac velle, vt ad matrem legitima hereditas perueniat, eamque cauſſam eſſe, cur ademtae ſucceſſionis poena filii indefenſi pubertate exoleſcat (e). Habes rationem, qua nec legi meliorem, nec dari poſſe puto. Itaque aut eam admittere oportet, aut fateri, me nimium quaerendo id conſecutum, vt veram cauſſam penitus amiſerim. ſe matri hereditatem relinquere.

ſuppleret, iisque deferret ſucceſſionem, quibus eam defunctus, ſi viueret, delaturus fuiſſet, ex eiusdem voluntate praeſumta *loc. cit. Cap.* VII. *num. 4.* Sed iura ſucceſſionis inteſtatae aliis prorſus principiis, quam praeſumta mortuorum voluntate niti ſatis aduerſus illum demonſtrauit *Ill.* THOMAS. *ad dict. loc. Not. T. & ad num. 35. Not. k.* At tu caue hoc etiam obiicias PAVLO voluntatem inteſtati ex lege, non hanc ex illa metienti.

(d) VLPIAN. *L. 5. ff. Qui teſtamentum facere poſſunt.*

(e) IOH. BRVNNEMANN. *ad L. 3. ſeqq. C. Qui petant tutores vel Curatores num. 8. ID. ad L. 3. C. ad SCtum Tertullianum num. 4.* BENED. CARPZOV. *Decis. CCLXXXVI. num. 6.* ID. *d. Iurib. feminar. poſit.* III. *num. 8.* GEORG. ENGELBRECHT. *ad ff. L.* XXVI. §. XII. ANT. FABER. *in Cod. Lib.* V. *Tit.* XVIII. *Defin.* II. *n. 2.* OSWALD HILLIGER *Donell. Enucl. Lib.* III. *Cap.* VIII. *Lit. H. Dn.* LVDER. MENCKEN. *Theor. & Prax. Pandect. Tit. Qui petant tutores vel curatores* §. II. PETR. MVLLER. *ad Struu. Synt. Iur. Ciuil. Exerc.* XXXI. *Theſ.* XXXII. *Not. η.* IOH. PHILIPPI *Vſ. Pract. Inſtit. Lib.* III. *Eclog.* XXI. *n. 3.* IO. SCHILTER *ad ff.*

Digitized by Google

Difficultas in hac argumentatione, Quicquid ſit, hoc etiam argumentum inſigni, ne quid diſſimulem, difficultate premitur. Nimirum aperte vitioſa eſt omnis argumentatio, & in merum tandem circulum reſoluitur, quae cauſſam rei cuiuscumque a tali fonte deriuat, qui ipſum effectum iam exiſtere praerequirit, adeoque illo neceſſario poſterior eſt. *ſuſpicio circuli commiſſi,* Atqui naeuo hoc ratiocinationem, de qua quaeritur, laborare videbit, quiſquis eam curioſius ac ſubtilius intuebitur. Nam pone, adeſſe matrem, quae tutorem filio non petiit, & patruum proxime poſt ipſam *& praeſuppoſiti certi iuris ſucceſſionis legitimae, ex qua demum pubes matri vel tributam* ſanguine iunctum. Si pupillus poſt pubertatem inteſtatus moriatur; tacitam eius de ſucceſſione voluntatem minime coniecturis aſſequeris, niſi legum de legitima eius hereditate ſententiam praeſtruas (a). Nam vbicumque leges matrem ad ſucceſſionem vocant, admodum quidem veroſimile eſt, eam ſuccedere ex voto defuncti, qui cum ſcire credatur, patruum iure excludi, eundem teſtamento haud vocauit. *vel ademtam voluiſſe hereditatem praeſumi poteſt.* At inuerte ius, de quo diſceptatur, idque matrem ab inteſtato repellere tantiſper mente tene. Vix dubitabis, defunctum hereditatem tacite deſtinaſſe patruo, quem lex vocat, nec ipſe

Exerc. XXXVII. §. LXXV. SCHVTZ. *Compend. Lauterbach. Tit. Qui petant tutores vel curatores.* GOTTL. GERHARD TITIVS *Iur. priuat. Lib.* VI. *Cap.* XV. §. XVII. ARNOLD. VINN. *ad* §. *6.* I. *de SCto Tertulliano verb. Impuberum morientium.* IOANN. VOET. *Commentar. ad ff. Tit. Qui petant tutores vel curatores n. 3.*

VII.

(a) Cum ex legitimo ſucceſſionis ordine voluntatem eius, qui inteſtatus moritur, metiendam eſſe oſtenderim §. *praec.* VI. *Not. c.*

ipſe vltima voluntate, cum poſſet, repulit. Nonne adeo verendum eſt, ne nihil agant, qui aut praeter opinionem in reciprocatione inextricabili haerere, aut id ipſum, quod in quaeſtione eſt, ſupponere coguntur (b)?

VIII.

Minime vero. Nam ſalua res eſt, modo vnum ſuppleatur, quod perperam vulgo omiſſum ſpinoſam & vitioſae ſimillimam reddidit argumentationem ſatis, niſi me omnia fallunt, ſibi conſtantem. Ponamus quaeſtionem de iure matris negligentis ſuccedendi filio puberi, vt dubiam, quemadmodum poni debet, vbi ratio decidendi quaeritur. Ita quae modo diſputata fuerunt, ſatis euincent, ambiguam admodum & implicatam eſſe de voluntate filii inteſtati coniecturam. Iam planam ex his difficultatibus eluctandi viam monſtrabit legitima pietatis praeſumtio. Quippe liberorum eſt, parentes, etiam cum impii ſunt ac legum contemtores, tamen pro parentibus agnoſcere (a). Qui paren-

Solutio: *ob dubiam iuris* *adeoque dubiam puberis voluntatem* *ex officio filii*

(b) Illuſtrari haec poſſunt exemplo GEORG. BEYERI, qui pari fere modo *ad ff. Tit. de vulgari & pupillari ſubſtitutione poſ.* VII. argumentatus fuerat, ſubſtitutionem filio mente capto a parentibus factam, ſi conualuiſſet, ſed ante mortem in dementiam recidiſſet, valere, quoties ſciuit, parentes ſibi ſubſtituiſſe, quia ſubſtitutionem non reuocauerit. Sed poſtea ICtus ſummus curis ſecundis rem exactius perpendens in *Not. J. pag. 468.* bona fide agnouit vitium argumentationis, quae aut validitatem ſubſtitutionis ſanitate intermedia non ſublatam, quae in quaeſtione eſt, perperam ſupponit, aut incertiſſima coniectura nititur.

VIII.

(a) *Nouell.* XII. *Cap.* II.

parentem dicit, eum nominat, cuius ſemper honeſta & ſancta perſona filio videri debet (b). Vix ergo pietatis officio, quod ne quidem legum cancellis concluditur, ſatisfacere videbuntur liberi, ſi ad animum revocent iniuriam, factam quidem, ſed a matre, ſed quam ſola aetas viginti quinque annis minor etiam apud rigidum iudicem excuſat (c). Nam facta parentum potius patientia honorare debent, eo ſe indigniores iniuria oſtendentes, quo eam aequiore animo ſuſtinent (d). At filium pietatem parentibus ſummam ſeruare iura praeſumunt (e). Legitima igitur credi debet coniectura, quae liberos puberes iniuriam matri in dubio remiſiſſe concludit.

& coniectura pietatis *remiſſio praeſumitur.*

VIIII.

Conſectarium: Ergo filius, indefenſus matrem ſuccedere volens adeoque pubes

Patet igitur totam rem ad filii voluntatem rediiſſe. Velle vero is tantum poteſt, qui poteſt & nolle (a). Vnde nec mirum, puberum tantum remiſſione

(b) VLPIAN. *l. 9. ff. de Obſequiis parentibus & patronis praeſtandis.*

(c) vid. *Cap. ſeq. V. §. VI.*

(d) Quo nomine AFRANIAM laudat VALER. MAXIM. *Lib.* VII. *Cap.* VIII. *Ex.* II. Adde, quod nec filiusfamilias laeſus ſalua reuerentia reſtitutionem in integrum aduerſus parentes petere poſſit. IVSTINIAN. *l. ult. C. Qui & aduerſus quos in integrum reſtitui non poſſunt.*

(e) vid. BRVNNEMANNVS *ad l. 18. C. d. inofficioſ. teſtament. num. 2.*

VIIII.

(a) VLPIAN. *L. 17. §. 7. ff. de Aedilitio Edicto.* ID. *L. 3. & 4. ff. de Regulis Iuris.* CARPZ. *Deciſ.* CXXXXIIII. *num. 22.*

ne in conſilium adhibita, impuberum deſideria prorſus neglecta fuiſſe. Tenentur enim hi paternae ſubſtitutioni aut iuris de legitima hereditate ſanctioni ſimpliciter acquieſcere, nec quidquam mortis cauſſa diſponendi facultatem habent (b). Hinc ergo porro colligitur, liberis, quibus tutor nullus petitus fuerat, puberibus factis matrem ideo a ſucceſſione excludere licuiſſe. Niſi enim vltima voluntate matri hereditas valide adimi potuiſſet, ex teſtamenti omiſſione fruſtra iniuriae remiſſionem quis collegiſſet. Nemo enim beneuolentiam teſtatur cuiquam, cum non auffert, quod ipſi vel inuitus relinquere tenetur. *poterat & nolle ac matrem exheredare*

X.

Poterat igitur filius pubes factus matre, quae tutorem ipſi nullum petierat, praeterita vel exheredata, hereditatem, cui vellet, recte relinquere. Neque enim ante IVSTINIANVM certa quaedam peccata lege vlla determinata erant, vt ſola legitimam exheredandi cauſſam praeberent, nullo alii officii neglectu ad hoc ſufficiente (a). Sed quoties inofficioſi querela mouebatur, defunctus vel ſatis cauſſae, cur liberos, parentes, fratreſue ſibi ſuccedere nollet, habuiſſe iudicabatur, vel, vbi contra officium abſque ſufficiente ratione eos excluſiſſe videretur, furore laboraſſe adeoque teſtari non *iure Nouellis antiquiore, cauſſis exheredandi nondum determinatis,*

(b) §. 1. *I. Quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum.*

X.

(a) Quamuis enim leges pedetentim aliquas cauſſas exheredandi definirent, hae tamen diuerſis Constitutionibus diſperſae, nec ſatis aperte declaratae, aliquae vero licet non indignae, penitus omiſſae erant teſte IVSTINIANO *Nou. CXV, Cap.* III. *princ.*

Digitized by Google

ſed arbitrio Praetoris in centumuirali iudicio relictis.

non potuiſſe fingebatur (b) pro arbitrio iudicum (c). Vnde nec pedaneus iudex ad cognoſcendam inofficioſi querelam dabatur, ſed centumuiralibus iudiciis ea controuerſia agitabatur (d). Nam quia certa lege deficiente aequi bonique ratio cauſſam dirimere debebat; non licebat ad hoc ſumere iudicem ex ordine ſelectorum, quem cenſus in album & equeſtris hereditas miſerat, ſed ipſi Praetori animi coniectura capienda & ſola ſapientia duce decernendum erat (e).

vnde admitti oportebat cauſſam priuatoriam.

Quo poſito non poterat non pro iuſta admittere cauſſam exheredandi, quam Princeps etiam ad impuberis hereditatem amittendam ſufficere conſtituerat (f).

XI.

Poſt Nou. mater tutorem non petens exheredari nequit

Aliter ſe res habet iure nouiſſimo, quo Imperator non ſolum cauſſas exheredandi liberos nominatim lege comprehendit, vt praeter ipſas nulli liceret ex alia lege ingratitudinis cauſſas opponere, niſi quae in illius Con-

(b) MARCIAN. *l.* 2. *ff. de inofficioſo teſtamento, pr. I. eodem titulo.*

(c) IO. VAN DE WATER *Obſeruat. Iur. Rom. Lib. I. Cap. XI.* Add. CORNEL. VAN BYNKERSHOECK *Obſeru. Iur. Rom. Lib.* II. *Cap.* XII.

(d) Vid. LVCAS VAN DE POLL *de Exheredatione & Praeteritione Cap.* LXXXIII.

(e) SENEC. *de benefic. Lib.* III. *Cap.* VII. GERARD. NOODT. *de Iurisdict. & Imper. Lib.* I. *Cap.* VIII. *pag. Operum* 130.

(f) Teſte MODESTINO *L.* 2. §. 2. *ff. Qui petant tutores vel curatores.*

Conſtitutionis ſerie continerentur (a): ſed idem etiam intuitu parentum ſanxit, eoſque a liberis praeteriri aut quolibet modo ab hereditate omnino excludi vetuit, niſi ob cauſſas ab ipſo enumeratas (b). Inter has enim tutoris impuberibus non petiti nec vola nec veſtigium occurrit. Alias vero ne quidem ſimiles aut maiores admittere licet (c). Sola forte exceptio ſupereſt in peccatis, quae ſub ceteris ab Imperatore nominatis iam continentur, adeoque non tam nouae exheredandi cauſſae ſunt, quam noua earum, quas IVSTINIANVS expreſſit, exempla (d). Ad haec vero omiſſa tutoris petitio referri nequit, niſi quis neglectam furioſae prolis curam (e) obtorto collo huc trahere voluerit (f). Mater ob ſilentium Nouellae expreſſum taciturnque;

XI.

(a) *Nou. CXV. Cap.* III. *pr.*

(b) *Dict. Nou. Cap.* IIII. *pr.*

(c) DONELL. *&* HILLIGER *Lib.* VI. *Cap.* XII. *Lit. M.* POLLIVS *d. loc. Cap.* LXXXVI. PHILIPP. *ad Deciſ. Elect. Saxon.* LII.

(d) GOTTL. GERHARD TITIVS *Obſervat. Lauterbach.* CLXV.

(e) Ob quam parentes exheredari permittit *Nou.* CXV. *Cap.* IIII. §. 6.

(f) Subeſt enim euidens ratio differentiae, quoniam minus eſt, negligere tutelam impuberis, quam curam furioſi. Cum enim *in ſe ſemper armatus furor*, vt eum appellat SENEC. *Herc. fur. Act. I. verſ. 98.* diligentiſſimam curam furioſorum flagitet, qua neglecta furioſi & pernicio-

ter igitur ob neglectam tutoris petitionem non poteſt amplius exheredari (g).

XII.

Confectarium II. *Ergo nec legitima hereditate priuatur*

Quid vero haec, inquis, ad rem praeſentem? Audi. Fremant omnes licet, &, cum matrem ob tutorem non petitum exheredari non poſſe concedant (a), tamen filium puberem teſtamentum non condentem matri tacite iniuriam remittere ingeminent. Surdo narrabunt fabulam. Quisquis enim talia profert, procul dubio

ob contradictionem implicitam,

humano capiti ceruicem iungit equinam.

Adeo manifeſte haec ſibi contradicunt. Nec melius cohaerent iſta: Mater filio de tutore non proſpiciens ea propter ab eo exheres ſcribi non poteſt, ſed legitimam eius hereditatem perdit. Quippe poteſtas extraneos iis,

& *ſucceſſionem ab inte-*

niciosa ipſi in ſe moliuntur, & aliis exitio ſunt, vt docet exemplum apud MACRVM *L. 14. ff. d. officio Praeſidis:* necare ipſos videtur, qui eos, cum curare debeat, deſerit, *arg L. 4. ff. de agnoſcendis & alendis liberis.* Igitur licet recte ad curam furioſi applicuerim, quae de tutela impuberis praecepta ſunt; vid. *Cap. praec. I. §. V. not. D.* non tamen licet invertere argumentum, & eundem, qui in cura furioſi requiritur, rigorem ad tutelam impuberum applicare.

(g) STRYK. *ad* LAVTERB. *Tit. Qui petant tutores, verb. potuerunt teſtari p. 711.* ID. *Vſ. modern. ff. ibid.* §. IIII. KLEIN *ad Schoepffer. eodem titulo num. 2.*

XII.

(a) In quo vulgo conſentiunt etiam ii, a quibus tacitam puberis remiſſionem inculcari dixi §. *praec. VI. not. E.*

Digitized by Google

iis, quibus alias legitima debetur, praeferendi ademtioni hereditatis ab inteſtato iure veteri cohaeſit (b), & nunc quoque cohaeret. Ob quamcumque ergo culpam mater exheredari nequit, ob eam nec poteſt ab inteſtati ſucceſſione repelli. At illud IVSTINIANVS in caſu tutoris non petiti iure nouiſſimo prohibuit. Sequitur igitur ipſum eadem opera poſteriorem quoque poenam in eadem ſpecie ſuſtuliſſe. *ſtato à neceſſaria inſtitutione inſeparabilem,*

XIII.

Immo ipſarum Inſtitutionum Imperialium textus (a) manifeſte docet, minus eſſe, legitimam hereditatem inteſtati adipiſci, quam contra teſtamenti tabulas obtinere (b). Plus eſt igitur teſtamento excluſum tamen ſuccedere, quam nulla vltima voluntate condita heredem eſſe. Iam non debet ei, cui quod plus eſt licet, id quod minus eſt, non licere (c). Quis ergo intercedat, quo minus ab inteſtato capiat heredita- *immo multo magis competentem.*

(b) *vt oſtendi §. praec.* VIIII.

XIII.

(a) Textus, inquam, ne quis Paraphraſin Graecam conſulat, in qua praeter morem hic dormitauit ac pene argumentationem inuertit THEOPHILVS.

(b) §. 12. *I. de Hereditatibus, quae ab inteſtato deferuntur,* vbi vim argumentationis ab ademto iure ſuccedendi ab inteſtato ad denegatam ſucceſſionem contra tabulas, tamquam a minori ad maius & difficilius eleganter explicat ARNOLD. VINNIVS *in Comment. num. 5. ad verb. Ita longe minus contra tab.*

(c) VLPIAN. *L. 21. ff. de Regulis Iuris.*

Digitized by Google

ditatem, qui teſtamentum quoque illam adimens inofficioſum dicere poteſt? Quod ad ſententiam meam tuendam ſufficit.

XIIII.

cum lex non puniat grauius laeſo ſilente,

Nimirum rationi omni ac Philoſophiae iuris repugnat, ob neglectum officium cuiquam lege aufferri hereditatem, quam laeſus eidem relinquere cogatur, niſi ipſe velit inofficioſus iudicari. Potius cum multae cauſſae, ob quas parentes ac liberi teſtamento quidem rite excluduntur, attamen ipſo iure non arcentur, nouiſſime definitae fuerint (a); nulla tamen commemoratur, ob quam teſtamento omiſſo hereditate carere iubeantur, condito non aeque (b). Nec quisquam dicit, de tali facinore agi, quod matrem incapacem reddat hereditatis (c), aut ita indignam, vt, quod ipſi relinquitur, fiſcus ſibi poenae loco vindicet. Sed tantum proximis ab ipſa ſucceſſoribus tribuebatur hereditas (d), quam ipſi melius ac illa, mereri videbantur (e). Nec liberorum, cum primum teſtari pote-

quam iniuriam vindicante, nec agatur de incapacitate, aut ſucceſſione fiſci,

ſed laeſi voluntas non excludatur,

XIIII.

(a) Vid. *Nou. CXV. Cap.* III. §. *1-8, 10, 11, 14. Cap.* IIII. §. *1-3, 5, 8.*

(b) *dict. Nou. Cap.* III. §. *9. 12. 13. Cap.* IIII. §. *4. 6. 7.*

(c) Contrarium patet ex TRYPHONIN. *L.* 4. §. *3. ff. Qui petant tutores & curatores.*

(d) VLPIAN. *L. 2.* §. *vlt. ff. de SCto Tertulliano.*

(e) Cum ipſorum eſſet, poſt matrem pupillo tutorem petere. THEODOS. & VALENT. *L. 10. C. de Legitimis hered.*

Digitized by Google

poterant, arbitrium excludebatur. Abſonum ergo foret, poenam, laeſo per aetatem nihil vrgere valente, ipſo iure infligi, eodem vero iniuriam vindicante, lege remitti. Immo vero, quia Imperator iudicem quantumuis filii iniuria affecti teſtamento imploratum ſucceſſionem matri in pupillo defendendo ſegniori abiudicare prohibuit; intrepide aſſerendum eſt, eundem multo magis ſexus imbecillitati hoc dediſſe, vt veterem legis etiam impuberem vindicantis rigorem aboleret. & iudex ne quidem ab eo imploratus priuet.

CAPVT IIII,

Quo ſententia huc vſque defenſa à dubiis nonnullis liberatur.

I.

ITane vero, dicat aliquis, in iuris correctorii explicatione verſari decet? Atqui notiſſimum eſt, quae praecedentibus legibus repugnant, vt quae maxime, interpretatione reſtringenda eſſe (a). Quis ergo, niſi in arte iuris plane hoſpes, cum noua lege vnum poenae genus ſublatum legit, ideo & alterius veniam datam argumentabitur? *Obiectio I. Lex correctoria male ampliatur.*

II.

Nihil muto. Quocumque enim loco habeatur illa reſtrictiuae interpretationis regula, quam magni *Reſp. Immo hic recte*

 gni

Cap. IIII. §. I.

(a) Ita vulgo docent. Vid. NICOL. EVERHARD A MIDDELBVRG. *Loc. Argument. Legal. Loc.* LXXVIIII. *num. 16, 17.* FRANZK. *adſſ. Tit. de Leg. num. 53.*

Digitized by Google

gni nominis ICtis (a) diſplicuiſſe non vrgebo; ſatis tamen, niſi me omnia fallunt, oſtendi, aut argumentum, quod ab antiquata exheredatione ad abrogatam legitimae hereditatis iacturam duxi, admitti, aut iura aduerſa fronte pugnantia ſtatui oportere. Atqui etſi maxime verba legis abſurdum habeant intellectum, tamen mentem legislatoris aliud magis conſonum velle ſcio (b). Multo igitur certius eſt, leges etiam correctorias tum ſaltem extenſiuam interpretationem non modo ferre, ſed & flagitare, cum antiquum aliquod ius, quod illae ſilentio praetereunt, non niſi incongrue poteſt retineri (c).

ſaltem ad euitandam abſurditatem.

III.

Obiectio II. Non exheredatur frater teſtaturum prohibens

Non diſſimulabo tamen difficultatem haud minimi momenti. Scilicet non magis, ac LVCAS VAN DE POLL, auſim dicere, fratrem, qui prohibuit, ne frater teſtamentum conderet, exheredare ob id fas eſſe (a).

II.

(a) GOTTL. GERHARD. TITIVS *Obſeruat. Lauterbach.* CCCXII. & DII, *Dn.* CASP. HENR. HORN. *de Interpretat. Iurid. Cap.* III. §. XII. vbi exempla ex hac ipſa *Nou. CXV.* paſſim adduci ſcribit.

(b) Atque hoc principium in legibus interpretandis ſecutos fuiſſe CERBIDIVM SCAEVOLAM, & IVLIVM PAVLVM & DOMITIVM VLPIANVM coryphaeos legum prudentum refert MODESTINVS *l. 13. §. 2. ff. de Excuſationibus.*

(c) Ad vitandam abſurditatem etiam vulgus Doctorum ius correctorium extendi permittit, EVERHARD. *dict. loc. n. 30.* Add. §. *ſeq.* VII. *Lit. C.*

Digitized by Google

ſe (a): Nec is ſum, qui eundem neglecta fratris captiui ab hoſtibus redemtione exheredationem meruiſſe contendam (b). At certi iuris eſt, vt indigno auferri hereditatem cuicumque, qui vi doloue effecit, quo minus is, cuius ſucceſſionem ſperabat, teſtamentum facere vel mutare poſſet (c). Nec dubium eſt, quin eorum, qui in captiuitate moriuntur, ſucceſſio proximis heredibus adimatur, quoties hi defunctos ab hoſtibus redimere neglexerunt (d). Neque adeo deficere videntur exempla, quibus oſtendatur, minime a ratione iuris alienum eſſe, vt legitima ſucceſſio ingratis adimatur ob culpam, propter quam locus non eſt exheredationi.

aut captum non redimens, licet ei, vt indigno, hereditas auſferatur, quod adeo ob alias, quam exheredationis, cauſſas licet.

IIII.

Enimuero diuerſa in fatribus iuris ratio prohibet, ne, quae de iis adduxi, ad parentes ac liberos producantur. Quoties enim frater, cum proximus heres eſt, fratrem teſtari prohibet, fiſcus indigni locum occupat, bonaque ipſi ablata ſibi vindicat (a). Quoties

Reſp. Diſpar ratio ſubeſt ob ſucceſſionem fiſci

III.

(a) Verba ſunt POLLII *de Exhered. & Praeter. Cap.* LXXXVI. §. XXIII.

(b) Cum eam exheredandi cauſſam nec *Nou.* XXII. *Cap.* XXXXVII. agnoſcat, nec alia lex contra illius prohibitionem aduerſus fratrem admittat.

(c) VLPIAN. *L. 1.* PAVL. *l. 2. ff.* DIOCLET. & MAXIM. *l. 2. C. Si quis aliquem teſtari prohibuerit vel coegerit.*

(d) *Nou. CXV. Cap.* III. §. 13.

IIII.

(a) Ex Conſtitutione *Diui* HADRIANI teſte *Vlpiano L. 1. pr. ff. Si quis aliquem teſtari prohibuerit vel coegerit.*

Digitized by Google

vel Eccleſiae, ties fratrem captiuum non redimit, inter hoſtes defuncto Eccleſia ciuitatis, ex qua ortus eſt, ſuccedit (b). Iam ſi fratri, qui teſtari prohibitus aut in captiuitate

quibus et laeſus fauere poteſt deſertus erat, poſtquam favente fortuna periculum ſuperauit, iniuriam ſibi illatam vindicare cupienti minus licere dicas, quam alias ipſo iure contingeret: aſſerendum eſt, eum ingrato fratri fiſcum aut Eccleſiam praeferre prohiberi. At-

ne quidem fratre exheredato, qui poteſt hoc omni iure, nec vlla ad id exheredationis cauſſa opus eſt, cum fratri quemuis integrae famae extraneum, excluſo fratre, heredem ſcribere, omiſſa omni exheredatione, liceat (c). Neque enim praeteritus inofficioſi querelam mouere poteſt, niſi

cum turpem perſonam nec lex praeferat. ipſi praeferatur turpis perſona (d). Eam vero nec lex, laeſo, dum impedimentum teſtandi durat, mortuo, laedenti anteponit. Fratrem igitur iura meam argumentationem minime eneruant (e).

V. Sa-

(b) *dict. Cap.* III. §. *13.*

(c) VAN DE POLL. *de Exhered. Cap.* LXIII. §. XXV. *Cap.* LXXXVI. §. XVIIII.

(d) CONSTANTIN. *L. 27. C. d. Inoffic. teſtam.*

(e) Nimirum dixi abſonum eſſe, delinquentem laeſo iniuriam vindicante non aeque grauiter, ac illo tacente, puniri. Inde prono alueo fluxit conſectarium, nec igitur parentes legitima hereditate priuari poſſe ob cauſſam, quae liberis non praebeat poteſtatem exheredandi. Hinc porro concluſi, matrem ergo non amplius priuari hereditate ob neglectam tutoris petitionem, ex quo propter eam exheredari nequeat. Hoc argumentum ſi quis inſtantiis, quas dicunt, impugnare

cupi-

V.

Satis iam probatam ac vindicatam putarem ſententiam meam, niſi vnus adhuc ſcrupulus reſtaret eximendus. Video eſſe, qui iacturam hereditatis matri in tutore petendo negligenti imminentem ad illud lucrum reſtringat, quod officioſa genitrix vltra portionem legitimam ex luctuoſa filii praemortui ſucceſſione acquirit(a). Quo poſito nihil officit NOVELLA CXV. quo minus eo iure hodieque vtamur. Age igitur, fundamenta illius opinionis perluſtremus. Allegatur triplex textus: ac primo quidem IVSTINIANI Conſtitutio(b) de his, qui vltra legitimam heredes inſtituti legatiſque ac fideicommiſſis onerati, decreto iudicis nequicquam admonente, defuncti voluntatem adimplere vltra annum ceſſant, ideoque, ſola legitima retenta, reliqua ſubſtituto vel coheredi, vel legatario & fideicommiſſario, vel proximo heredi legitimo, vel demum cuilibet extraneo aut fiſco, legatorum & fideicommiſſorum ſolutionem offerenti reſtituere iubentur. Deinde ad locum VLPIANI (c) prouocatur, in quo ipſe exheredatum, qui non queritur, partem facere, & ſi duo exheredati fuerint, vnum de inofficioſo agen-

Obiectio III. Amittitur tantum, quod legitimam excedit,

per Nou. I. c. 1.

l. 8. §. 8. d. inoff. teſt.

cupiat, oſtendendae ſunt exceptiones aut a principio aut a conſectario. At hoc de parentibus agit, neque adeo fratrum exemplis vrgetur. Nec magis eadem principium feriunt, vt dicta oſtendunt.

V.

(a) Dn. LVDER. MENCKEN. *Theor. & Prax. ff. Lib.* XXVI. *Tit.* VI. §. II.

(b) *Nouell.* I. *Cap.* I. §. *1.*

(c) *L. 8. §. 8. ff. de inofficioſo teſtamento.*

Digitized by Google

agentem, non totam hereditatem, ſed dimidiam petere debere docet. Denique idem VLPIANVS in auxilium vocatur, cum impuberem adrogatum, licet ſine adrogatione legitimam conſequi deberet, de inofficioſo agere prohibet, & ſi ageret, quamuis non obtinuerit, tamen quartam Diui Pii quaſi aes alienum, conſequi cupit (d).

d. l. §. 15.

VI.

Reſponſio generalis: Iure veteri adimebatur etiam legitima,

Enimuero dubium non eſt, quin leges veteres etiam legitima priuauerint matrem liberis de tutore haud proſpicientem. Ademerunt enim illi ius vindicandorum ſibi bonorum inteſtatorum filiorum (a), & ab hereditatis ſucceſſione (b), *omnique* bonorum vindicatione ipſam repulerunt (c). Quare abſtulerunt etiam legitimam, quae cum pars ſit bonorum (d) vel hereditatis (e); toto erepto non poteſt non & ipſa ſub-

vna cum hereditate

(d) *dict. Leg. 8. §. 15.*

VI.

(a) *Diu.* SEVERVS *apud* MODESTIN. *l.* 2. §. 2. *ff. Qui petant tutores vel curatores*, VLPIAN. *l.* 2. §. 23. *ff. de SCto Tertulliano.*

(b) DIOCLECT. *&* MAXIM. *l. 8. C. Qui petant tutores vel curatores.*

(c) TRYPHONIN. *L. 4. §. 3. ff. Qui petant tutores vel curatores.* THEODOS. *&* VALENT. *l. 6. C. ad SCtum Tertullianum, l. 10. C. de Legitimis heredibus.*

(d) Vid. ANTONIN. *L. 6. de inofficioſo teſtamento. Nouell.* XVIII. *Cap.* I.

(e) *Nou.* CXV. *Cap.* III. Add. PET. MVLLER. *ad Struu. Exerc.*

ſubduci (f), indigno in primis, qui tota hereditate, ipſaque ſimul legitima ſpoliatur (g). Eamque poenam etiam matri tutorem non petenti irrogarunt iudices veteris iuris tenaces (h). Nec quiſquam fere Doctorum obloquitur (i), ſaltem quoties de impuberis ſucceſſione diſceptatur (k). consentientibus praeiudiciis & Dd.

H VII. For-

Exerc. X. Theſ. X. Not. η. vbi agit de controuerſia Doctorum, vtrum legitima quota bonorum, an hereditatis ſit? Quod mihi parum apte generaliter quaeri & pro diuerſitate caſuum diuerſimode definiendum videtur.

(f) Cum quae de tota re dicuntur, etiam de parte intelligenda eſſent, etiamſi id non doceret *argum. l. 76. ff. de Rei vindicatione.*

(g) Nam a denegatione & excluſione ſucceſſionis ab inteſtato ad excluſionem legitimae valida eſt illatio. CLAVD. *de* BATTANDIER *de Legitima Praefat. prope finem,* & incapax ſucceſſionis nec legitimae capax eſt PETR. HEIG. *Part. I. Quaeſt. XXV. num. 11.*

(h) Vid. *Praeiudicium* SCABINORVM LIPSIENSIVM apud CARPZOV. *Part. II. Conſt. El. XI. Defin. XV, verbis: So wäre ſie der Erbſchafft, ſo viel benannte ihre Tochter - - nach ſich verlaſſen, verluſtig.*

(i) Conſent. MONTAN. *de Tutel. Cap.* XVIII. *num. 10.* BRVNNEMANN. *ad l. 1. C. qui petant tutores num. 2.* IO. VOET. *ad ff. eodem Titulo num. 3.*

(k) de pubere enim poſt *Nou. CXV.* aliud tradunt STRYK. *Vſ. modern. ff. Tit. Qui petant tutores vel curatores.* §. IIII. ID. *ad Lauterbach. dict. Tit. verb. potuerunt teſtari p. 711.* ID. KLEIN *ad* SCHOEPFFER. *Synopſ. ff. ibid. num. 2. verb: pubertatem adeptam.*

VII.

Iure nouo nihil auffertur,

Forte tamen nec iſtam priſtini iuris ſanctionem in dubium vocat ſententia, contra quam haec diſputo. Videtur enim potius ſupponere, non poſſe amplius matrem ob tutorem non petitum exheredari. Inde vero probabiliter concludit, ergo nec legitimam ipſi ab inteſtato adimi: neque tamen eo ipſo reliquae hereditatis iacturam tolli. At ego poteſtatem acquirendi futuram hereditatem ſalua iuris analogia non niſi totam ob delictum adimi (a), integram vero ſucceſſionem propter eas tantum cauſſas quae exheredationi locum faciunt, ab inteſtato eripi oſtendi (b). Ita vero priuatio legitimae hereditatis cum iure exheredandi pari paſſu ambulat, Iam quoties lex antiqua duos caſus ſimpliciter aequiparat, lex noua de alterutro lata etiam ad alterum pertinet, cum correctio in vno exaequatorum facta etiam in altero repetita intelligatur (c). Quare ſublata poteſtate exheredandi matrem in tutoris petitione negligentem, tollitur etiam eiuſdem excluſio ab hereditate inteſtati, adeoque ipſa non legitimam ſolum portionem, ſed tantundem, quantum mater officioſa, acquirit.

ob analogiam iuris

& paritatem priuationis & exheredationis,

qua ſublata & illa abrogatur.

VIII.

Reſponſio ſpecialis 1) ad Nou. I. Cap. I.

Huic ipſi vero argumentationi oppoſita videtur NOVELLA I. eo nempe fine, vt oſtendatur, nouum

VII.

(a) §. *praec.* VI.

(b) Cap. *praec.* III. §. XII. & XIII.

(c) Vid. NICOL. EVERHARD. *a* MIDDELBVRG. *Loc. Argument. Legat. Loc.* LXXVIIII. *num.* 37.

vum non eſſe, vt, ſalua legitima, reliqua hereditas poenae loco auferatur. Sane errant, qui textum illum de teſtamento deſtituto interpretantur (a), nec negare poteſt, quiſquis eum penitius perpendit, occurrere in eo exemplum hereditatis vſque ad legitimam, non vltra, ademtae (b). Attamen eo loco IVSTINIANVS heredi iam facto, de cuius adeo exheredatione quaeſtio nulla incidere poteſt, praeter ius receptum bona iam acquiſita ob circumuentam pridem defuncti voluntatem auffert. Optima ratione. Qui enim quamuis admonitus intra integrum annum legata & fideicommiſſa non praeſtat, ſimillimus eſt ei, qui defuncti voluntatem non agnoſcit. Meretur ergo eiusdem iuri ſubiici. Ita vero hereditatem delatam, quouſque illa beneficio defuncti accipitur, amittit, non aeque legitimam: quae cum ſine omni onere debeatur (c), nec illi

quae agit de ademta vſque ad legitimam hereditate ſed iam acquiſita

ob ſpecialem rationem.

VIII.

(a) cum STRVV. *Syntagm. Iur. Ciu. Exerc. XXXII. Theſ. XXXXVII.* & qui cum eo ſentiunt, citante PET. MVLLER. *Not. ϵ. pag. 718.*

(b) quod liquidum fecit LAVTERBACH. *d. Teſtament. deſtitut. Membr.* III. *Theſ. 36-51. Conſent. Dn.* LVDER. MENCKEN *Tabb. Synopt. ff. Tit. de iniuſto rupto irrito facto teſtamento p. 397. Ill.* STRYCKIVS *Vſu moderno ff. eodem Tit. §. XII. Dn.* BOEHMER *Introduct. in Ius ff. ibid. §. XIIII. Dn.* LVDOVICI *doctrin. ff. ibid. §. X.* BEYER. *ad Inſt. Tit. de Lege Falcidia poſit. 12. 13.* & quos magno numero a MVLLERO *dict. loc.* allegatos turpiter exſcribere non eſt mei moris.

(c) IVSTINIAN. *Leg. 32. & 36. C. de inofficioſo teſtamento.*

illi deneganda videbatur, qui impoſitum legatariis ac fideicommiſſariis ſatisfaciendi munus, non laborioſum minus, quam periculoſum (d) ſubire detrectat. Ego vero de futurae hereditatis priuatione ſolicitus ſum, cuius poenam cuiquam ad legitimam vſque dictari analogia iuris non patitur, licet ſucceſſionis iam acquiſitae lucrum ob peculiares aequitatis rationes aliquando tantum, quouſque legitimae debitum excedit, lege ſingulari extorqueatur.

nec tollit iura ſucceſſionis futurae.

VIIII.

Illud vero per apparet obſcurum, quid matrem filii hereditate ob tutorem ipſi non petitum priuandam VLPIANVS iuuet, quo minus ipſa etiam legitima mulctetur. Prior ICti locus (a) in computanda legitima exheredatum querelam non mouentem connumerandum oſtendit, alterumque ex duobus de inofficioſo querentem dimidiam tantum hereditatem vindicare iubet. Nihil ergo continet, ex quo ad ſolam legitimam, reſiduo ademto, ſeruandam argumentari liceat.

Reſp. 2) *ad l. 8. §. 8. de inoff. teſt.* qui non agit de ademtione vſque ad legitimam.

X.

Alter locus (a) quartam Diui Pii, tamquam aes alienum omiſſa inofficioſi querela, immo etiam poſtquam ea fruſtra tentata fuit, ab impubere arrogato petendam oſtendit. Id vero ad legitimam non pertinet, quae quam-

Reſp. 3) *ad d. l. §. 15.* vbi agitur de quarta D. Pii, non legitima.

(d) Cum legato generis vel quantitatis relicto caſus plerumque heredi noceat. MAECIAN. *l. 30. §. 5. ff. ad Legem Falcidiam.*

VIIII.

(a) *l. 8. §. 8. ff. d. inofficioſo teſtamento.*

X.

(a) *dict. L. 8. §. 15.*

Digitized by Google

quamquam certo reſpectu aeri alieno comparetur (b), tamen eo nomine peti non poteſt (c). Alias numquam locus foret querelae inofficioſi, quam non admitti, quoties alio remedio hereditatem eiuſue partem conſequi licet, cum ex hac ipſa lege, tum aliunde conſtat (d). Adhuc igitur ſequor receptam iuris regulam, & cui legitima portio debetur, eidem & reliquam hereditatem ab inteſtato deferri pronuncio.

XI.

Id vero meditanti mihi nouum dubium incidit. Scilicet ſalua legitima ſucceſſionem in reliqua amitti, etiam filiarum, quarum patres perduellionis crimen perpetrarunt, exemplo conſtat. Has enim ex bonis matris ſiue teſtatae ſiue inteſtatae nihil praeter legitimam conſequi notiſſimi iuris eſt (a). Quid ergo impedit, quo minus idem de matre tutorem non petente pronuncietur? *Obiectio IIII. ex l. 5. C. ad L. Iul. Mai. quae relinquit ſolam legitimam.*

XII.

Enimuero nemo dicet, Conſtitutionem, quam ab omni reliqui iuris ratione maxime exorbitare omnes *Reſponſio: Ius hoc exorbitat,*

(b) *Nou.* XVIII. *pr.*

(c) Cum a denegata inofficioſi querela ad excludendam legitimam valida ſit illatio arg. *l. 30. C. de inofficioſo teſtamento iunct. arg. l. 10. §. 2. ff. Si quis cautionibus in iudicio ſiſtendi cauſſa factis non obtemperauerit.* MERCVR. MERLIN. *de Legitim. Lib. I. Tit. I. Quaeſt. I.*

(d) *§. 4. I. de inofficioſo teſtamento.*

XI.

(a) ARCAD. *&* HONOR. *Leg. 5. §. 3. C. ad Legem Iuliam Maieſtatis.*

Digitized by Google

omnes fatentur (a), vna exceptione id efficere, vt in aliis etiam caſibus receptam iuris analogiam deſeramus. Immo caſus ille ad praeſentem quaeſtionem plane haud pertinet. Ego enim iam monui (b), me de perſonis hereditatis capacibus agere, quas ſucceſſione praeter legitimam ſpoliari nego. Fruſtra igitur perduellium filiae opponuntur, quae cum ab omni alia hereditate alienae habeantur, non multae ad bona vltra legitimam delata reſtrictae, ſed legitimae ex Imperatoria lenitate extra ordinem ſeruatae (c) exemplum praebent.

& incapaci conſulit.

XIII.

Obiectio V. fauor mediae ſententiae.

Dicat aliquis, in dubiis quaeſtionibus mediam ſententiam eligi ſolere (a), adeoque hic etiam aequum videri, vt nec nimium graui iactura caſtigetur, nec prorſus impunis relinquatur matris negligentia: optime vero iuris rigorem cum humanitate temperari, ſi ſalua legitima reliquum lucrum matri, vt non omni ex parte dignae, extorqueatur.

XIIII. Ego

XII.

(a) & vel DIONYS. GOTHOFREDVS in notis ſatis oſtendit, licet Doctores plura adhuc ſingularia inuito iure hic comminiſci facile conceſſerim BEYERO *ad ff. eodem Titulo.*

(b) *Cap. praec. III.* §. *XIIII.*

(c) arg. *dict. l. 5.* §. *1, iunct.* §. *3.*

XIII.

(a) exemplo TIBERII CAESARIS *in L. 41. ff. de Heredibus inſtituendis*, & §. *vlt. I. de Vulgari Subſtitutione*, itemque CAII *l. 7.* §. *7. ff. de acquirendo rerum dominio* & IVSTINIANI §. *25. I. eodem Titulo.*

XIIII.

Ego vero id mihi potius prodeſſe exiſtimo. Quamquam enim pro diuerſitate caſuum media ſententia ſaepius recte probetur: tamen vbi de diuiſione voluntatis & obligationis quaeritur, in pari cauſſa potius obtinet, qui totum reiicit, quam qui partes facit. Vix enim diuiſionem voluntatis iura inducunt (a), nec probabile eſt, IVSTINIANVM, niſi matri, quamuis in tutore petendo negligenti, totam hereditatem luctuoſam relinquendam cenſuiſſet, ad ſeruandam ipſi legitimam ius vetus fuiſſe mutaturum. Praeterea in dubio tota obligatio remitti debet, quae tota exigi non poteſt. Vt diuidatur debitum illiquidum, & praeſtitis quibusdam reliquorum exactio omittatur, recte quidem ſuadet amicus communis, ſed dubium eſt, vtrum iudici vel ſolis aequi & boni regulis inſpectis idem decernere liceat (b). Saltem aliam hic Philoſophiam iura ſcripta

Reſponſio: Is non pertinet ad diuiſionem non praeſumtam voluntatis

& obligationis, quae niſi tota exigi poſſit, tota remittenda eſt.

XIIII.

(a) PAPINIANVS *l. 18. §. 2. ff. de his quae vt indignis auferuntur.*

(b) Licet enim id aequum cenſeat MORNACIVS *ad L. 34. ff. de Negotiis geſtis* & ZOESIVS *ad. ff. Tit. de Iudiciis num. 32.* alii; tamen certam & euidentem iniuſtitiam committi putant, cum res ſecundum veritatem ad vnum tantum pertinens inter duos diuiditur, eoque ipſo is, qui iuſtam cauſam habet, re ſua ex dimidia parte innocens priuatur. FRANC. FRIDER. AB ANDLER *Iuriſprud. public. & priuat. Lib.* II. *Tit.* III. *num. 71.* Nec obſtat, quod cum non conſtet in dubio, quisnam ex litigantibus verus dominus ſit, etiam incertum ſit, ad quem res vel integra, vel pro dimidia parte ſpectet. Poteſt enim nihilominus conſtare, quod ea ad alterutrum tantum,

Digitized by Google

ſcripta ſequuntur, & aut in ſolidum condemnare, aut ſimpliciter abſoluere conſueuerunt (c). Sed nimiam forte telis, quae retunderem, in me ipſum fabricandis operam impendi.

CAPVT V,

Quo vſus ſententiae hucuſque defenſae oſtenditur.

I.

Vſus dictorum *1) reſpectu aliorum,* nempe 1) *auiae* pari paſſu cum matre ambulantis,

SVpereſt, vt, antequam huic meditationi colophonem imponam; paucis de eius vſu diſſeram. Huc primo loco refero illorum, quae matris defendendae gratia attuli, ad alios, qui pariter ex neceſſitate tutores petunt, applicationem. Ac de auia quidem nulla ratio dubitandi ſubeſt, ei quoque prodeſſe, quicquid matrem a poena liberat. Nam & auia, quc[illegible]s mater inter-

tantum, non pari iure ad vtrumque pertineat. Denique iudicis non eſt, ſtatum negotii mutare, niſi in alterutram partem cauſſa mutandi praeualeat. HVBER. *Praelect. ad Pandect. Tit. de ReIudicata Theſ. XVI.* quod hic non contingit.

(c) Vid. PAVLVS *leg. 34. ff. de Negotiis geſtis*, VLPIANVS *l. 3. §. 7. ff. de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommiſſis.* Vnde BALDVS rem ob rationes in vtramque partem diſputabiles inter litigantes diuidendam negat cum GLOSSA *in dict. l.*

Digitized by Google

intermedia deficiebat(a), ſub eadem poena ad hoc officium nepoti obligabatur. Cum enim ipſi & nomen matris optime conueniat (b), & praeter pauca, in quibus manifeſtum diſcrimen apparet (c), par ſit vtriuſque ratio (d); credibile eſt, ICtos Conſtitutionis, cuius rationem ad uiam quoque pertinere crediderunt, etiam ſanctionem ad eam mox protuliſſe (e). Saltem CONSTANTIVM & IVLIANVM eandem auiae quam matri neceſſitatem impoſuiſſe manifeſtum eſt (f).

I II.Lon-

Cap. V. §. I

(a) IO. VOET. *Commentar. ad ff. Tit. qui petant tutores num. 2.* CARPZ. *de iur. feminar. Dec.* II. *poſit.* III. *circa fin.*

(b) arg. *l. 220.* §. *vlt. ff. d. Verborum Significatione.*

(c) Haec enim matris auiaeque aequiparatio non niſi ceteris paribus intelligenda eſt, unde quæ de matre XXV. annis minore dicuntur, ad auiam perperam applicat FLECK. *dict. num. 4.* cum femina aetate minor nepotem habere nequeat.

(d) Quod nec diffitetur SCHILTER. *loco mox allegando.*

(e) Vt colligitur ex VLPIANO *L. 2.* §. *28. ff. ad SCtum* ~~*Trebellianum*~~ Tertullianum.

(f) Vid. *L. un. C. Theodoſ. qui petant tutores vel curatores,* qua tutores poſtulandi neceſſitatem auis & auiis primum impoſitam, indeque allegatum §. *28. legis 2.* a TRIBONIANO interpolatum uideri ſcribit SCHILTER. *ad ff. Exerc. XXXVII.* §. *LXXIIII.* Quo iure, viderit ipſe, qui parem rationem auiae eſſe, ac matris, ipſe dicit.

Digitized by Google

II.

2) reliquorum heredum proximorum

Longius poſtea progreſſi ſunt THEODOSIVS ac VALENTINIANVS, & quoſcumque proximos pupilli heredes ſiue a patre pupillariter ſubſtitutos, ſiue lege ab inteſtato ad ſucceſſionem vocatos, ad eandem in tutore impuberi, cuius hereditatem ſperabant, petendo diligentiam obſtrinxerunt (a). Videndum eſt igitur, vtrum his quoque proſint, quae matris a poena liberandae gratia diſputata fuerunt. Res non caret dubio. Pro illis enim, quoties nullum legitimae petendae ius habent, non pugnant, fateor, directo, quae pro matre ab antiquo legum rigore eximenda attuli. Attamen his quoque facilem veniam polliceor apud omnes, quibus matrem & auiam, quae ob ſucceſſionem & affectionem duplici vinculo obſtrictae arctius, ac illi, tenentur (b), abſoluendas potero perſuadere.

quibus dicta proſunt non directo,

ſed per conſequentiam.

III.

II) in amputandis controuerſiis

Deinde inter eos, qui matri tutorem liberis non petenti ſucceſſionem denegant, plurimae de poenae illius applicatione controuerſiae agitantur. In his amputandis inſignem vtilitatem praeſtare poteſt noſtra ſententia, ſecundum quam ſi hereditatis amiſſio penitus tollatur, non poterunt non per ſe euaneſcere lites omnes, ex contraria opinione propullulantes, quas coronidis loco breuibus adhuc perluſtrabo. Initio igitur dubitatur, vtrum poena matris in tutore petendo negli-

1) de curatore minoribus non petito,

II.

(a) *Leg. 10. C. de Legitimis heredibus.*

(b) MVLLER *ad* STRVV. *Exerc. XXXI. Theſ. XXXII. Not. λ. in fin.*

negligentis hodie illi quoque infligenda ſit, quae liberis minoribus curatore deſtitutis de eodem haud proſpexit? Nam cum noſtra aetate adulti etiam inuiti curatorem habere iubeantur (a); easdem perſonas, quae apud Romanos (b) iis, quibus neceſſario dandus erat curator, eundem petere compellebantur, ad eum quoque petendum teneri probabile eſt (c). Inde ergo aliqui ſucceſſionem hodie matri adimendam concludunt, quoties ipſa curatoris petendi officio non ſatisfecit (d). quo caſu aliqui pro iactura hereditatis pugnant.

IIII.

Epicriſis. Enimuero parum accurate calculum ſubducunt, qui ex pari curatoris & tutoris neceſſitate etiam parem ſucceſſionis a pupillo & minore ſperatae iacturam inferunt. Certe mater ab hereditate filii puberis Romano iure ne quidem ob tutorem ei ante pubertatem non petitum expellitur (a). At quae de furioſi, ma- Ratio differentiae inter tutorem et minoris curatorem.

III.

(a) REC. IMPER. *anni* CIƆIƆLXXVII. *Tit.* XXXII. §. 1.

(b) Vid. *Cap. praec. I.* §. *V.*

(c) *Excell.* BOEHMER. *Introduct. in Ius Digeſt. tit. Qui petant tutores.* §. 5. Quod hodie generaliter ſeruandum exiſtimant GROENEWEGEN *d. Leg. Abrogat. ad L. 6. C.* IO. VOET. *Comment. ad ff. eodem Titulo num. 4.* ſed de Friſia aliiſque regionibus negat VLRIC. HVBER. *Praelect. ad ff. dict. Tit. Theſ. IIII.*

(d) IO. BRVNNEMANN. *ad L. 3. C. Qui petant tutores num. 5.* ſibi contrarius *num. 14. 15.* Add. IO. GEORG. FLECK. *Bibliothec. Iur. Ciuil. Lib. I. Tit. LXIII. num. 2.*

IV.

(a) Vt latius oſtendi *Cap. praec.* III. §. II.

Digitized by Google

matris culpa curatore deſtituti, ſucceſſione ad remotiores heredes deuoluenda conſtituta ſunt (b), ad eum caſum reſtingi debent, cum is in eo ſtatu, quo teſtari non poteſt, decedit (c). Quo poſito ratio non patitur, propter curam tutelae hodierno iure exaequatam grauius puniri negligentiam in curatore, quam tutore petendo commiſſam. Vnde illi quoque ſucceſſionem matri, quae filio minori curatorem non petiit, ſatis vindicare poſſunt; qui eandem neglecta tutoris petitione amitti ſibi perſuadent (d). Sed fortius adhuc omnis litigandi occaſio tollitur, ſi tota illa hereditatis iactura ad ius obſoletum referatur.

V.

2) *de curatore puberi, quoties is adhuc teſtari prohibetur, non petito.*

Ratio contra matrem,

Magis ambigua eſt alia quaeſtio priori affinis, vtrum, ſi matri tutorem non petenti ſucceſſio pupilli adimatur, eidem etiam puberis hereditas, ob curatorem non petitum, auferenda ſit, quoties minor intra eam aetatem moritur, qua per peculiaria ſtatuta teſtamentum condere prohibetur (a)? Hoc caſu aliqui

(b) VLPIAN. *L. 2. §. 31. ff. ad SCtum Tertullianum.*

(c) Quia par ratio eſt impuberis ad pubertatem peruenientis, & furioſi ad ſanam mentem redeuntis, cum vterque ſtatum, in quo teſtari non licet, aequaliter exuat.

(d) Vid. *Illuſtr.* STRYK. *Vſ. Modern. Pandect. Tit. Qui petant tutores vel curatores* §. IIII. vbi Reſponſum *Facultatis Iuridicae Viadrinae* ſucceſſionem matri curatorem non petenti addicens exhibet.

V.

(a) Cuiusmodi iura peculiaria cenſet IDEM *loc. alleg.* §. 5.

ADRI-

qui poenam priuationis locum habere docent, quia, cum ſuo arbitratu teſtari nequeat, impuberi ſimilis eſt (b), & extenſio pubertatis cum omnibus ſuis qualitatibus & iuribus facta cenſetur (c) Sed ſupereſt adhuc ratio diſparitatis. Nam licet eadem ſit neceſſitas curae, quae tutelae: nihil tamen vetat, quo minus minor hodie quoque ſibi ipſi petat curatorem (d), etiam in iis locis, in quibus aetas prouectior ad teſtamentum condendum requiritur. Quod ſi ergo minor ipſe curatorem ſibi non petat, nec mater eius hereditate tanquam indigna priuari poſſe videtur, ideo quod ipſius iudicium ſecuta eſt, adeoque licet culpae rea peragi a magiſtratu queat, tamen filio, vtpote volenti, non creditur feciſſe iniuriam (e). Sed haec quoque lis ſponte ſua ceſſabit, ſi vniuerſam hanc ſucceſſionis ademtionem dudum exoleuiſſe ponamus. **pro eadem.** **Epicriſis.**

VI.

Nec tricis res caret, quoties de matre viginti quinque annis minore quaeritur. Quamquam enim eam, vt vt in tutore filiis petendo negligentem, etiam Romano iure ab ademtione hereditatis excuſari certum **3) de matre minore.**

I 3

ADRIAN. BEYER. ad *Schultz. Synopſ. Inſt. Tit. Quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum* verb. *vt impubes.* Add. IVS CVLMENSE *Lib.* III. *Tit.* VIII. *Cap.* I.

(b) SAM. STRYK. *dict.* §. *V.*

(c) MONTAN. *d. Tutelis Cap.* XVIII. *num.* 30.

(d) *Reſponſ. Iuriſconſult. Holl. Part. I. Conſil. CXXII. in fin.*

(e) Vid. VLPIAN. *L.* 1. §. 5. *ff. d. Iniuriis & famoſis libellis.*

Digitized by Google

tum ſit (a): non tamen conuenit ſatis inter Doctores de hoc aetatis priuilegio. Aliqui enim matrem minorem, velut ipſo iure tutam, ab hac poena abſoluendam cenſent (b): quo facit, quod Imperatores iacturam hereditatis in maioribus matribus tantum obtinere reſcripſerint (c). Alii contra matrem etiam minorem ſtricto iure ſucceſſionem amittere, ſed aduerſus negligentiam in tutore petendo admiſſam in integrum reſtitui debere contendunt (d). Ac pro his cum iuris Analogia, tum ſedes priuilegii militat (e). Taceo aliam litem, vtrum haec excuſatio matri minori tum quoque proſit, ſi curatore, qui tutorem petere poſſit, inſtructa ſit (f), Nam & huic difficultati, & ſi qua ſunt aliae

vtrum ea ipſo iure excuſetur,

an in integrum reſtituatur?

Quid ſi ipſa curatorem habeat?

VI.

(a) DIOCLETIAN. & MAXIMIAN. *L. 2. C. Si aduerſus delictum.*

(b) FOERSTER *d. Succeſſion Lib. VII. Cap. XVI. num. 5.*

(c) *dict. Leg. 2. in fine.*

(d) LVDER. MENCKEN *Theor. & Prax. ff. Tit. Qui petant tutores vel curatores.* IO. PAVL. KRESS. *Specim. Iurisprud. ciuil. forenſ. Append. d. Iur. perſon. Tit. VII. §. X.* vbi pro *L. fin. C. d. t.* legendum: *L. f. C. Si aduerſus delictum.*

(e) Nam & alias lubricum aetatis reſtitutionem in integrum largitur, non ipſo iure excuſat: Accedit, quod *dicta Lex 2. in Codice* inter cauſſas reſtitutionis in integrum fuerit relata.

(f) Quod negat IO. GEORG. FLECK. *Biblioth. Iur. Ciuil. Lib. I. Tit. LXIII. num. 4.* neſcio quo fundamento: cum aetatis excuſatio ad eos etiam actus pertineat, in qui-

Digitized by Google

aliae ſimiles, alimenta ſubtrahuntur, ſi ipſa hereditatis iactura, quae illas peperit, tollatur.

VII.

Idem eſto iudicium de ordine, quo mater, quoties proxima heres non eſt, ad hoc officium vocatur. Nam quoties ſubſtitutus adeſt, qui eam in ſucceſſione praecedit, ipſa quidem aequiſſime excuſatur. Cum enim qualicumque hoc onere ius ſuccedendi quaſi compenſari debeat (a); ſubſtituto matrem a ſucceſſione excludente, eandem ſimul ab hac obligatione liberari par eſt (b): ſaltem quoties mater ſubſtitutum ſibi a patre praelatum fuiſſe nouit. Quoties enim id mater ignorat (c), res omnino altioris indaginis eſt. Nihilo tamen ſecius haud pauci ſubſtituto & matri aequa-

4) *de ordine petendi,* ſubſtituto ante matrem ſuccedente, adeoque et tutorem petente aliis diſſentientibus,

quibus curator, nam tutorem, de quo ipſe caſum format, mater habere non poteſt, interuenit. SCAEVOLA *l. 47. ff. de minoribus XXV. annis.* Idemque docet *totus Titulus C. Si tutor vel curator interuenerit.*

VII.

(a) *§. 6. I. de SCto Tertulliano*, THEODOS. & VALENTIN. *l. 10. C. d. Legitimis heredibus,*

(b) BARTOLVS *in l. 2. ff. qui petant tutores vel curatores,* REINH. BACHOVIVS *ad* TREVTLER. *Vol. II. Diſp.* VIII. *Theſ.* VII. *Lit. C. verb. Quaero an idem.* Add. CARPZOV. *Part. II. Conſt. XI. Def. XVI.*

(c) Vtpote ſi pater Imperatoris conſilium *in §. 2. I. de pupillari ſubſtitutione* & Iulii Phoebi exemplum *apud* PAVL. *Leg. vlt. ff. ad SCtum Trebellianum* ſecutus ſecundas ſuo pupillo tabulas, non niſi poſt mortem eius intra annos pubertatis ſubſecutam aperiendas fecerit.

qualiter impoſitam cenſent tutoris petendi neceſſitatem (d), praeſtatque adeo tota hac poena reiecta iſtam quoque litem penitus eliminari.

VIII.

5) de tempore petitioni praeſcripto,

Porro certum quidem tempus matri praeſcriptum eſt, intra quod officio petendi tutorem defungi tenetur: quale vero illud ſit, parum liquidum apparet. Nam nec ipſis legibus ea de re ſatis inter ſe conuenire prima fronte videtur. Quippe *Diuus* SEVERVS tutores confeſtim peti iuſſit (a). Idem inculcauit VLPIANVS (b), addita interpretatione, quam primum Praetoris copiam habuit huic rei ſedentis (c). Contra aliae leges longius ſpatium indulgent: quandoquidem tutoris petitionem demum *intra annum* neceſſariam pronuntiant THEODOSIVS & VALENTINIANVS (d), quod & in Inſtitutionibus repetit IVSTINIANVS (e). Vnde naſcitur dubium, vtrum mater non

quod leges modo momentaneum

modo annale conſtituunt.

(d) Quae HVGONIS DONELLI ſententia eſt *Commentar. iur. ciuil. Lib.* III. *Cap.* VIII. quam ſequitur HENNING. RENNEMANN, *Iurisprud. Romano-German. Membr. I. Diſp. XXXXVII. Theſ. XXVI. Not. H.*

VIII.

(a) *in l. 2. §. ff. Qui petant tutores.*

(b) *l. 2. §. 23. & 38. Qui petant tutores vel curatores.* add. §. 35. vbi tutores ſine mora petendos tradit.

(c) *dict. leg. §. 43.*

(d) *l. 10. ff. C. d. Legitimis heredibus.*

(e) *§. 6. I. de SCto Tertulliano.*

Digitized by Google

non ilico tutorem petens liberorum ſucceſſione priuetur, an illa tantum, quae hoc officium per integrum annum neglexit.

VIIII.

Inde eſt, quod parum inter ſe ea de re conveniant ICti, aliis nullam moram, aliis annales inducias concedentibus. Singuli leges, quibus alii contrariam ſententiam propugnant, cum ſua conciliare ſtudent. Qui ergo tutorem confeſtim petendum contendunt, plerique (a) leges obſtantes ex VLPIANO (b) explicandas cenſent, vt moram nullam toleratam dicant, niſi quae legitimi impedimenti excuſationem habeat: ne tamen vllo modo annale tempus excedat. Aliqui matri tantum poſt mariti obitum ideo annum iudulgeri exiſtimant, quod vidua ita luctu merſa atque oppreſſa cenſeatur, vt de aliis rebus valde ſolicita eſſe non debeat: reliquis brevius

Diſſenſus Doctorum

vel nullam moram,

niſi ob legitimum impedimentum

aut matri,

K

VIIII.

(a) ARNOLD. VINNIUS *Comment. ad citat. §. 6. I. verb. intra annum.* PAVL. VOET. *Comment. ad Pand. Tit. Qui petant tutores, num. 2.* Illuſtr. BERGER *Reſolut. Leg. Obſtant. in Compend. Lauterbach. Lib. XXVI. Tit. VI. pag.* 503. qui tamen alio loco poenam priuationis tutoribus intra annum petitis exulare ſcribit. Vid. *Oecon. Iur. Lib. 1. Tit.* IIII. *Theſ.* IIII. *Not.* IIII. *pag.* 171.

(b) *dict. §. 43.*

Digitized by Google

vel annales inducias concedentium,

vius tempus praefixum autumant (c). Vice verſa, qui ſufficere putant, ſi mater intra annum pupillo de tutore proſpiciat, duplici ratione ad textus obiici ſolitos reſpondent. Aliqui vocabulum *confeſtim*, vt alias (d) hic quoque cum aliqua latitudine, quam reliquae leges anno determinent, capiendum arbitrantur (e). Alii iure Digeſtorum nullam moram indultam, poſt ea vero annale ſpatium conceſſum, adeoque priorum legum rigorem poſteriorum benignitate correctum fuiſſe arbitrantur (f).

ſaltem nouo iure.

X.

Vindiciae annalis ſpatii.

Ego nullus dubito, quin iure Iuſtinianeo matri conceſſum fuerit annale ſpatium, quod ipſi & Codex

(c) Ita ſentit ALEX. ARNOLD. PAGENSTECHER *Siciliment. ad Compend. Pandectar. Schuzio-Lauterbachian. Manip. I. Sicilim.* LXXIIII. *pag. m. 103.* ſed perperam aliis caſibus annales inducias denegat matri, cui eas & *l. 10. C. de legitimis heredibus* inter ceteros, qui ad ſucceſſionem vocantur pupilli mortui, & §. *6. I. de SCto Tertulliano*, nominatim largitur.

(d) PAVL. *l. 1.* §. *8. ff. ad Legem Falcidiam*, VLPIAN. *l. 12.* §. *2. ff. ratam rem haberi.*

(e) *Illuſtr.* STRYK. *Annotat. ad Lauterbach. Compend. Tit. Qui petant tutores, verb. propter L. 2. pag. 711.*

(f) HVG. DONELL. *Lib.* III. *Cap.* VIII. HENNING. RENNEMANN. *Iurisprud. Roman. German. Membr.* I. DiG. XXXXVII. *Theſ.* XXI. *Not. a.*

dex & Inſtitutiones concedunt, & optimus harum interpres THEOPHILVS diſertis verbis tribuit (a). Nec tamen allegata Pandectarum loca aut a nouo iure diſſentire, aut ea, qua recenſui, ratione apte cum eo conciliari puto. Nam omnem quidem dilationem manifeſte adimunt, ſed de eo tantum caſu loquuntur, quo mater officium perfunctorie faciens inidoneos tutores petiit, eoque ipſo culpam non niſi in continenti emendandam contra Conſtitutionem admiſit (b). Quidquid ſit, tam regula quam exceptione commodius carent, qui nullam omnino tutoris petendi negligentiam ſucceſſionis iactura mulctari concedunt.

Conſenſus Pandectarum et iuris noui.

XI.

Denique de fideicommiſſo controuertitur, quod maritus vxori a filio; cui ipſa tutorem non petiit,

6) de fideicommiſſo, quod pater a filio reliquit,

X.

(a) *Paraphraſ. Graec. Inſtitution.* §. *6. de SCto Tertulliano.*

(b) Docent hoc verba *dict. l. 2.* §. *2. Quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis ſuis: vel* PRIORIBVS EXCVSATIS, REIECTISVE, *non confeſtim aliorum nomina dederit.* Eadem repetit *citat. l. 2.* §. *23.* Conſentit §. *35. Si forte*, inquit, EXCVSATI SINT ILLI, VEL IMPROBATI, *debet mater alios ſine mora petere.* Gemina ſunt, quae §. *38.* habentur: *Si* PRIORIBVS EXCVSATIS REIECTISVE, *non confeſtim aliorum nomina ediderit, punitur.*

tiit, reliquit in caſum, ſi ſine liberis deceſſerit, vel ſub hac ipſa conditione, ſi inteſtatus mortuus fuerit. Quo caſu cum TRYPHONINVS (a) fideicommiſſi petitionem, quae ex alieno iudicio deſcendit, non eſſe peremtam ſcribat; plerique matri tutorem non petenti tamen fideicommiſſum deberi docent (b), quod in hoc non filio, in quem peccatum eſt, ſuccedatur, vt in ſubſtitutione pupillari (c), ſed ipſi patri, cui hoc totum, nullo filii beneficio, debetur. Sed aliud SCHILTERVS cenſet, & locum TRYPHONINI de filio, qui pubes & inteſtatus ſine liberis moritur, explicat. Hunc enim ab inteſtato decedentem cum ob matris negligentiam alium heredem teſtamento relinquere potuerit, matri culpam condonaſſe dicit, vnde eidem fideicommiſſum, licet a lege ademtum, ex filii tamen voluntate praeſumta addici tradit, idque eſſe, quod *alienum iudicium* vocet ICtus (d).

ſaluo ſecundum pleroſque,

adimendo ſecundum SCHILTERVM,

XII.

matri rectius conſeruando

Haec vero inuito textu dici videntur. Nam cum

XI.

(a) *L. 4. §. 3. ff. Qui petant tutores vel curatores.*

(b) BRVNNEM. *ad L. 3. C. ad SCtum Tertullianum num. 3.*

(c) Add. *Cap. praec. I. §. VIIII. Not. E.*

(d) IO. SCHILTER. *ad ff. Exercit. XXXVII. §. LXXV. & LXXVI.*

cum manifeſtum ſit, etiam impuberem ſine liberis & inteſtatum decedere, interpretis non eſt, lege non diſtinguente diſtinguere (a), & generaliter dicta ad puberes reſtringere (b). Nec probabile eſt, per *alienum iudicium* tacitam ipſius filii voluntatem intelligi, cum multo veroſimilius ſit, patris iudicium denotari aeque ſeruandum, ſiue filius impubes ſiue pubes moriatur. Itaque totus error deriuandus videtur a confuſione fideicommiſſi & ſubſtitutionis. Viderat SCHILTERVS, etiam matrem a patre ſubſtitutam ſucceſſione priuari; nouerat ſubſtitutionem ex patris iudicio deſcendere: itaque per alienum iudicium non patris diſpoſitionem, ſed aliud quid intelligendum ratus ad praeſumtam filii voluntatem tamquam ad ſacram anchoram confugit, praeter neceſſitatem. Nam & mater ſubſtituta iure Pandectarum ſucceſſionem verius ſaluam habuit, & ex Conſtitutione Theodoſii demum amiſit (c). Ea vero ſanctio non pertinet ad fideicommiſſa, cum de iis haud loquatur, nec tollat diſcrimen, quo mater ſubſtituta ipſi filio, fideicommiſſaria contra patri ſuccedit. Sed haec quo-

ob iudicium alienum, id eſt, patris.

Ratio diuerſitatis in ſubſtitutione.

K 3 que

XII.

(a) Vid. PAVL. *l. 32. ff. de Receptis, qui arbitrium receperunt, vt ſententiam dicant.*

(b) Add. VLPIAN. *L. 1. §. 1. ff. de Legatis praeſtandis contra tabulas bonorum poſſeſſione petita.*

(c) Vid. *Cap. praec. I. §. VIIII.*

Digitized by Google

que lis, & ſi qua ſunt aliae ſimiles, omnium certiſſime per ſe euaneſcent, ſi ipſa ſucceſſionis iactura, cuius gratia illae ventilantur, tollatur.

XIII.

Concluſio.

Abſolui ergo, quae ad illuſtrandum hoc iuris caput opinionibus, parum cohaerentibus miſere laceratum, inſtituto ſaltem venia non indigno, afferenda putaui.

Monitum de problemate pertractato.

Demonſtrationes luce meridiana clariores non promiſi, ſed in re dubia *problema* me pertractaturum edixi. Id quo ſucceſſu praeſtiterim, aliorum eſt iudicare. Ego cur ſucceſſionem matri tutorem non petenti non adimendam credam, expoſui.

Iudicium lectori relictum

Tuum eſt, Lector, quam ſententiam amplecti velis, ſtatuere. Mihi perinde erit. Neque enim Te meis opinionibus patronum ac tutorem petere audeo.

[illegible] eius fauore,

Hoc ſaltem rogo, vt ſi me forte hallucinatum fuiſſe arbitreris, tuum ideo fauorem qualibuſcumque meis conatibus ne cenſeas adimendum.

MANTIS-

Digitized by Google

MANTISSA (*),

G. CONRADI CRVSII J.C. ET ANTECESSORIS *DISSERTATIO* AD CONSTITVTIONEM DIVI MARCI, DE CVRATORIBVS MINORVM QVINQVE ET VIGINTI ANNIS.

Capitolinus in M. Antonino cap. X.

Sententia Constitutionis.

De curatoribus vero, quum ante nonniſi ex lege Laetoria vel propter laſciuiam, vel propter dementiam darentur, ita ſtatuit, vt OMNES *adulti curatores acciperent non redditis cauſis.*

Ad eam Conſtitutionem reſpexit Vlpianus in *c.1. §. vlt. ff. de minor.*

CAP. I. De curatoribus minorum XXV. annis, quae communis, & tralatitia ſit opinio; quae noſtra.

HErennius Modeſtinus libro VII. differentiarum collegerat differentias, quæ inter tutores & curatores variae ac plures intercedunt, vt hi loci indicant: C. IV. *π. de teſt. tut. c. XX. de tut. & cur. dat. c. 1. qui pet. tut. vel curat.* nam quod Modeſtinus c. XIII. *π. de excuſat.* valde pauca eſſe ait ea, in quibus curatores à tutoribus differant, id ſine dubio ita intelligendum eſt, pauca eſſe ea, in quibus differant curatores à tutoribus, prae his, in quibus conveniunt. Pervulgata eſt illa maxime differentia, & tralatitia, quam inſtitutiones indicant *§. II. de curat.* & Theoph. explanavit: quod impuberibus invitis tutores dantur, adultis inuitis curatores non dantur. *ἄκων οὐδεὶς κουρατωρεύεται*, ait Theoph. *ἐπιτροπεύεται δέ τις καὶ μὴ βουλόμενος*. eaque differentia ab omnibus interpretibus in hanc ſententiam accipitur, quaſi pupilli quidem tutores accipere omnimodo

(*) Quo ſincerius Lector indicare poſſet de controuerſia *Cap. I. §. V. not. B.* pertractata; viſum eſt, ipſam CRVSII Diſſertationem ſubiungere.

Digitized by Google

modo debuerint, ſed in adoleſcentium fuerit arbitrio, habere vellent curatores, an non. De pupillis res plana eſt & aperta: ſed quod de adultis tradunt, id multis & rationibus ſtabiliunt, & firmant auctoritatibus, nam omnibus indiſtincte adoleſcentibus curatores obtrudi, id & infamiae cuiuſdam ſpeciem habuiſſe putant, & iniuriae. Infamiae, quoniam lege Laetoria dementibus ad exemplum furioſorum, laſciuis ad inſtar prodigorum, quibus ex lege XII. tabb. curatores erant agnati, puberibus dati fuerint curatores. Iniuriae, quia iniuſtum ſit, liberis hominibus rerum ſuarum arbitrium & adminiſtrationem auferre. arg. c. *u. ῶ ſi à par. quis man. ſit* & c. XXI. *C. mandati* praeſertim cum puberes facti virilem togam ſumerent. Itaque adultis non niſi petentibus & deſiderantibus datos fuiſſe curatores, invitis datos non fuiſſe, & potuiſſe eos ſine curatoribus omnino res ſuas gerere vel hoc argumento intelligi, quod multis locis proponantur fuiſſe ſine curatoribus. Haec fere ſumma eſt eorum, quae in hac definitione a pleriſque omnibus allata ſunt, & bona fide quaſi per manus tradita, quibus & illud adiicitur ex c. VI. C. *qui pet. tut.* quod puberes non aliter ſibi curatores petere debent, quam ſi res eorum exigit. Ego vero diſcrimen inter tutores & curatores hac parte nullum agnoſco, ſed & rectae conueniens rationi, & menti veterum Iureconſultorum conſentaneum eſſe arbitror, vti omnes adoleſcentes minores annis XXV. accipiant curatores, non minus quam omnes pupilli tutores accipiunt: idque inductum eſſe Conſtitutione D. Marci, & perpetuo deinceps, ac conſtanter in imperio Romano obſervatum aio. Ex cauſa, ſententia ac ratione Conſtitutionis id planum faciam, & teſtimoniis veterum probabo; tum quae in contrarium ab Interpretibus proferuntur, refellam.

CAP. II. Noſtra opinio fundata in cauſa & ſententia Conſtitutionis D. Marci,

CAuſa Conſtitutionis invenietur cognito progreſſu & incremento iuris, quod de minoribus XXV. annis diverſis temporibus diverſum fuit; nam temporibus ipſis & mutari iura, & increſcere, innumerabilibus rebus conſtat. Lege igitur XII. tabb. de curatoribus puberum nihil cautum erat propter ſeveritatem ſeculi & paupertatem, quo & incorrupti adoleſcen-

leſcentium mores erant, & honeſta parſimonia: labante deinde paulatim diſciplina, & velut deſidentibus moribus, lex Laetoria laſcivis & dementibus adultis curatores dari praecepit; poſtremo ut magis magiſque labi mores & ire praecipites coeperunt, & abundantes divitiae ac voluptates (utor verbis Liuii) deſiderium per luxum atque libidinem pereundi, perdendique omnia invexerunt, Marcus Imperator ad diſciplinam & utilitatem publicam pertinere credidit, omnibus adoleſcentibus curatores conſtitui. Simile incrementum habuit ius de in integrum reſtitutione minorum; nam ante legem Laetoriam nullo proprio remedio adultis ſubveniebatur, ex lege Laetoria ſuccurrebatur circumſcriptis, ex edicto praetoris omnibus. Illa tamen diſſimilitudo inter hæc iura eſt, quod ius quidem reſtitutionis augeri etiam edicto praetoris potuit: ius autem curatores dandi non aliunde proficiſci, quàm à lege, aut S.C. aut conſtitutione Principis: cuius diſcriminis illa ratio eſt, quod reſtitutio in integrum ex officio iuriſdictionis venit c. 1. §. X. π *de poſtul.* ius conſtituendi tutores vel curatores iuriſdictionis non eſt. c. VI. §. II. *de tutel.* pertinet quidem ad officium ius dicentis c. 1. *de iuriſd.* id eſt, ad officium eius, qui ius dicit, ſed non ad officium iuriſdictionis, vel iuris dicundi, ut appellatur in c. 1. §. IV. *de ſuſpect. tutor.* hoc eſt, ad officium magiſtratus, cum ius dicit. Cauſa igitur, qua motus Imperator Marcus ius novum de curatoribus minorum XXV. annis induxit, iſta fuit, quoniam lex Laetoria non ſufficiens ad eius rei conſummationem videbatur; non videbatur autem ideo, quia laſcivientibus tantum aut dementibus adultis volebat curatores dari; Marco viſum fuit ſectae ſuorum temporum convenire, ut omnes adoleſcentes curatores acciperent etiam citra dementiae aut laſciviae cauſam. Hanc nos ſimpliciſſimam eſſe & germanam verborum Capitolini ſententiam arbitramur, à qua ut plerique omnes deflecterent, inveterata illa in animis eorum opinio feciſſe videtur.

CAP. III. Munita ra-

SEd porro, quibus rationibus motus Praetor tutelam minorum ſuſcepiſſe dicitur, ut auxilium in integrum reſtitu-

Google

regi adoleſcentes conſtituit ad XXV. annum completum c.1.*pr. coniuncto* §. *vlt.* ꝟ. *de min.* Nimirum ea eſt fragilitas & infirmitas in iſta aetate conſilii, vt faciles ſint adoleſcentes & ad errorem & ad captionem; itaque inconſulta facilitate multa ipſi ſtulte, pleraque temere agentes, & per ſimplicitatem ſuam dolo ac inſidiis callidorum hominum circumventi, aut, quod habent, amittunt, aut, quod habere potuerant, omittunt. Denique quid verbis opus eſt? ipſe Iuſtinianus, cur minores vſque ad XXV. annum completum curatores accipiant, generaliter hanc rationem prodidit, *quia, licet puberes ſint, adhuc tamen eius aetatis ſunt, ut ſua negotia tueri non poſſint. pr. Inſt. d. curat.* Ad cuius vim rationis qui animum ſerio adverterit, is & generaliter eam ab aetate, & infirmitate omnium adoleſcentium eſſe ductam ſentiet, & comparatione minorum cum pupillis facta, non minus vere illud à nobis tradi agnoſcet, omnes adultos curatores debere accipere, quam hoc certum atque exploratum eſt cunctis, pupillos omnes accipere tutores. Ponamus, ne quid deſit, ipſas collectiones, ut eo, quod dubium eſt, ad alterum ſimile, de quo non quaeritur, relato, incerta certis probemus, quam analogiae vim eſſe veteres magiſtri docent. Prior collectio indubitata eſt eiuſmodi: Naturali iuri conveniens eſt, illos, qui eius aetatis ſunt, ut ſe defendere non poſſint, alterius tutela regi. §. *pen. Inſt. de Attil. tut.* Atqui omnes pupilli eius aetatis ſunt. §. 1. *Inſt. de tutel.* Ergo omnes pupilli tutores accipiunt. Hoc opinor, admittent. Dubitabuntne igitur etiam de veritate ſequentis collectionis? Naturali ratione & aequitate, qui eius aetatis ſunt, vt ſua negotia tueri nequeant, propter fragile & infirmum conſilium, alterius auxilio regi debent c. 1. ꝟ. *de minor.* Omnes autem minores annis XXV. licet puberes, eius aetatis ſunt, *pr. Inſt. de curat. & d. c. 1. de minor.* Ergo omnes adulti curatores accipere debent. Negabunt omnes adoleſcentes eius aetatis eſſe, ut ſua negotia tueri non poſſint? negent etiam omnes pupillos eius eſſe aetatis, vt ſe tueri nequeant. Dicent abſurdum videri, ut aetate prouectior adoleſcens, & forte legitimae aetati

pro-

Digitized by Google

propinquus curatorem accipiat? dicam ego, non magis id à ratione eſſe alienum, quam ut pupillus, cujus aetas prope pubertatem eſt, ita etiam ut tantummodo ſemeſtre tempus ſit reliquum, accipiat tutorem c. XVII. *π. de excuſat.* Denique illud cogitent, credi in uniuerſum omnium adoleſcentium ante annum XXV. completum eam eſſe in ſuis negotiis tuendis infirmitatem, ut quamuis bene rem ſuam gerere forte poſſint, curatorum auxilio regi nihilominus debeant; cum tralatitium ſit, ad ea ius aptari, quae frequenter, & plerumque aut adeſſe, aut abeſſe, aut euenire ſolent. c. III. & ſeqq. *π. de legib.*

TEſtimonia autem & argumenta, quibus intelligatur, ſic obſervatum fuiſſe, uti minores, cum aut patria poteſtate, aut tutela exiiſſent, protinus tranſirent in curationem, multa exſtant atque clariſſima in toto iure civili. Adferam exempli gratia quaedam loca. Ex *π. tit. de admin. & peric. tut. & cur.* c. v. §. v. c. XXXIII. §. 1. c. XXXIX. §. XV. c. LIII c. LIIX. c. LIX. *de ſuſpect. tutor.* c. III. §. VI. *de excuſat.* c. XVI. c. XXXVI. §. 1. Ex Codice *c. 1. qui dare tut. poſſ. c. vlt. de peric. tut. c. II. de ſuſpect. tutor. c. I. vt cauſ. poſt. pubert. c. I. quand. tut. vel cur. eſſe deſin.* collato c. XXV. *π. de tut. & cur. dat.* Ex Inſt. infinitam eam definitionem quae eſt in *pr. tit. de curat.* quis citra calumniam aliter poteſt accipere, quam pro univerſali? *Maſculi*, inquit, *puberes, & faeminae viripotentes vſque ad XXV. annum completum curatores accipiunt.* item quod eſt in fragmentis Inſt. Gaii *eod. tit. peractis pupillaribus annis, quibus tutores abſolvuntur, ad curatores ratio minorum incipit pertinere.* Denique qui ex animi ſui ſententia iudicare, nec cavillari velit, agnoſcere ex verbis Capitolini cogetur, idem id, quod dicimus, Marco Imperatori fuiſſe propoſitum: *de curatori-*

CAP. IV. Confirmata auctoritatibus.

Digitized by Google

in pleriſque omnibus adultis eſſe, certe in omnibus eſſe credi tam fragile & infirmum propter aetatem conſilium, vt curatorum auxilio regi omnes debeant.

CAP. V. Communis ſententiae rationes excuſſae.

RAtiones, quibus in contrarium moventur Interpretes, exigui ponderis mihi videntur, & teſtimonia, quibus vtuntur, intellecta ab ipſis atque expoſita perperam. Quo enim modo ad pudorem ſuum & exiſtimationem pertinere, ſublata lege Laetoria iudicare adoleſcentes potuerunt, quod conſtitutione Marci omnes non redditis cauſis curatores communi iure accipere iuſſi ſunt? longe profecto minus, quam ut mulieres ignominioſum ſibi ducere potuerint, munere poſtulandi pro aliis in vniuerſum abſtinere, quod propter improbitatem inverecundae vnius foeminae poſtulare omnibus ſit interdictum c.I.§.V.*π. de poſtul.* Rurſus quod arbitrum quemque eſſe & moderatorem rerum ſuarum dicunt, quis non intelligit, id eatenus verum eſſe, qua per leges licet? Atque adeo quis dubitet, quin optimum factu fuerit, coarctare iuveniles calores, ne cupidini dediti triſtem exitum ſentiant, qui eos poſt diſperſum exſpectat patrimonium, vt graviter Iuſtinianus praecipit *c.vlt.§.V.C. de bon. quae lib.* At togam virilem, inquiunt, puberes ſumebant, & in forum deducti plenam negotiorum ſuorum adminiſtrationem conſequebantur: quaſi non dudum norint etiam qui puerilem togam nondum mutaverunt, togam eam virilem & deductionem in forum iſto comparatam fuiſſe, uti virilibus, forenſibuſque, & publicis negotiis adoleſcentes initiaret; non item eo. vt liberam quoque adminiſtrationem patrimonii omnino eis tribueret. cuius rei fortiſſimum eſt atque evidens argumentum, quod ea toga promiſcue ſumebatur etiam his, qui in poteſtate parentum erant, quibus adeo ad munera quidem publica & civilia aditus ea ratione fiebat c.IX.*π. de his qui ſui vel. al. iur.* at bonorum adminiſtratio propterea concedi non intelligebatur. C.XI.*π. de lib. & poſt.* Quin tametſi maxime etiam ad privatorum negotiorum geritionem extendamus iſtam ſolennitatem, non aliam tamen bonorum adminiſtrationem poſt conſtitutionem Marci adoleſcentibus competiiſſe arbitrari poſſu-

poſſumus, quam cuius ea aetas capax eſſet; capax autem eſſe creditur non vſquequaque liberae & plenae, verum eiuſmodi adminiſtrationis, quam conſenſus & conſilium curatorum ſuſtineat ac tueatur: namque putemus, licet virilem vigorem cum pubertate incipere, eiuſq; rei ſymbolum atq; argumentum habeamus togam virilem, veruntamen compleri eum niſi poſt XXV. annorum tempus non credimus. *d. c. I. §. II.* π̃. de *minor.* vnde adoleſcens dicitur incipere res ſuas adminiſtrare, cum curatoribus liberatus eſt c. XXXIX. π̃. *de adm. & per. tut.* & tum demum talis eſſe aetatis, cui ſuarum rerum adminiſtratio committitur. *c. vlt. C. de legit. tut.*

CAP. VI. Auctoritates perperam in eam ſententiam detortae, Differentia inter pupillos & adultos in hoc argumento aliter conſtituta, quam vulgo: eiuſque differentiae origo.

Verum petentibꝰ tantum, inquiunt, & nonniſi deſiderantibꝰ adultis curatores dabantur. videamꝰ adeo, quid ſit id, quod adoleſcentes ipſi ſibi curatores dicuntur *petere, poſtulare, poſcere, deſiderare*: haec enim verba ſunt in hac re uſurpata atque Interpretes quidem omnes vim eorum verborum ac poteſtatem eo detorſerunt, uti arbitrium iis verbis tribui adoleſcentibus crederent, accipere velint curatorem, an non: cujus ego rei quoniam animadvertere nullo argumento potui Iuris Rom. auctoribus vnquam veniſſe in mentem, exponam ipſe, quid mihi videatur, ſimpliciter, quantum poteſt, & quia aliter mihi, quam ceteris omnibus videtur, verecunde ac modeſte. Sic igitur cenſeo, eius differentiae inter pupillos & puberes, qua illis invitis tutor dari dicitur, his invitis curator non dari; non hanc eſſe ſententiam, quaſi in poteſtate quidem non fuerit pupillorum, an acciperent tutorem, in arbitrio autem minorum fuerit, an curatorem acciperent; ſed non eſſe in arbitrio pupillorum, quem accipiant tutorem, in arbitrio mi-

Digitized by Google

tibus vulgo in hoc argumento tradita ſunt, nullo negotio poſſe elidi confidimus. De origine igitur ſic habendum eſt, dependere hanc differentiam & propagari ab alia: vti ſolet vnius differentiae ratio fere aliam inducere & novam differentiam. vt ecce; cognati, adfines, amici, familiares defuncti poſſunt, mater & liberti impuberis debent pupillo tutorem petere; at neque illi poſſunt, neque hi debent adoleſcenti petere curatorem. Haec differentia inter impuberes & adultos ſummam continet eorum, quae Modeſtinus tractat c. II. π. *qui pet. tut. vel curat.* in quo capite etiam atque etiam velim conferri *princ.* cum §. IV. eamque differentiam in perſona matris idem auctor expreſſit *lib. VII.* different. *in eod. tit. c. I.* & Vlpianus *c. II. §. XXIII. coniuncto §. XXIX. π. ad SC. Tertull.* & Imp. Alexander. *c. VI. C. d. t. qui pet. tut. vel cur.* addita ratione his verbis: *cum puberes minores annis XXV. ipſi ſibi curatores, ſi res eorum exigit, petere debeant:* ex qua ratione diverſitatis alia protinus inter pupillos & minores differentia exiſtit, de qua hoc loco quaerimus, ſcilicet: vt illi ipſi ſibi tutores petere nequeant, ſed alii petere eis poſſint, aut debeant; his vero petere curatores alii neque poſſint, neque debeant, verum ipſi ſibi & poſſint, & debeant. Iſta origo eſt huius diſcriminis.

CAP. VII. Sententia & ratio eius differentiæ. Quid ſit petere tutorem vel curatorem.

SEntentia & ratio eius ſic cognoſcetur. Pupilli ipſi ſibi tutorem petere non poſſunt, ſed cognati, adfines, familiares poſſunt, mater vero & liberti debent petere. quid id eſt? an tantum deſiderare, vt tutor pupillis detur? nequaquam: verum hoc amplius etiam poſtulare nominatim, vt ille, aut ille, vel etiam vt ille & ille tutor detur; *nomina dare, nomina edere*, ex quibus tutores conſtituantur. ſic Impp. locuti ſunt c. II. §. II. π. *qui pet. tut. c. II. §. XXIII. ad SC. Tertull. c. II. C. d. t. qui pet. tut.* nimirum, vt ratio huius iuris, ſane æquiſſimi, & vtiliſſimi ordine inveniatur, prima cauſa eſt tutorum, quos pater teſtamento liberis ſuis dedit, quoniam amiciſſimos & fideliſſimos eligere ſolet: *c. XXXVI. π. de excuſat.* proxima conſanguineorum, & agnatorum, quia hi ex fide maxime creduntur adminiſtraturi bona propter ſpem ſucceſſionis, ac quaſi quodammodo ſua: *c. I. π. de legit. tut.* tertia eorum, qui à magiſtratu

ſtratu conſtituuntur.in quibus hoc eſt receptum,quo omnino optimi & idonei tutores pupillis conſtituerentur: non vti pupilli ipſi eligant, quem vtiliſſimum ſibi futurum arbitrentur; nam id perabſurdum foret *in eligendo tutore firmum videri eſſe iudicium pupilli, cuius in omnibus rebus, vt infirmum, iudicium tutore auctore regitur,* quod praeclare Caius dixit *c. vlt. π.de manumiſſ.vind.* ſed vt eiuſmodi perſonis aut poteſtas detur, aut iniungatur neceſſitas diſpiciendi de idoneis tutoribus, quae perſonae neceſſitudinis, pietatiſque & affectionis ratione nonniſi fideliſſimos electurae ſint. vnde illa vox Alexandri: *Matris pietas inſtruere te poteſt,quos tutores filio tuo petere debeas. c.VI.C. qui pet. tut.* & ex reſcipto Severi frequens praeceptum, vt mater liberis tutores petat idoneos, non defunctorie, non *όσίας χάριν c. II.§.I.π. qui pet. tut. c.II. §.XXIII.XXXII. & ſeqq.π.ad SC.Tertull.* item quod dicitur, ſatis eſſe, tales peti, qui inquiſitione per praetorem habita idonei appareant. *c.vlt. π. d.t.qui pet.tut.* Mater ergo liberis tutores petere debet impuberibus, id eſt, eligere & nominare certos aliquos, ex quibus tutores magiſtratus conſtituat; liberis puberibus curatores petere non debet, hoc etiam eſt, eligere & nominare: ſed puberes ipſi ſibi curatores petere debent. nam eo ordine haec eadem proponuntur *d.c.VI.C. qui pet.tut. vel cur.* quid igitur iſtud erit aliud, quam eligere minores& nomina edere debere,ex quibus curatorem dari ſibi poſtulent; ſcilicet non,quemadmodum impuberib9 tutorem, ſic curatorem adultis pater teſtamento dat.*§.I,Inſt.de curat.* non etiam lex agnatos curatores facit.deniq; nec magiſtratus curatorem minori conſtituturꝯ petitionem nominationemque ſequitur aliorum, ac ne matris quidem,ſed ex his curatorem minori dat, quorum nomina aut ipſe minor ediderit, aut man-

Digitized by Google

cius aetatis, vt curatores accipere debeat, dicitur petiiſſe ſibi *Lucium Titium, patrem ſuum.* & *c. XIII. §. vlt. π. de tut. & curat. dat.* puella impleto anno duodecimo *patronum ſuum*; adiecta ratione: quoniam minoribus deſiderantibus curatores dari ſolent, hoc eſt, illi ſolent dari, quos ipſi deſideraverint. ſic enim id eſſe interpretandum, liquere omnibus poſſe, qui cavillari non volent, arbitror. Atque hoc demum eſt, petentibus, poſcentibus, poſtulantibus, deſiderantibus adultis curatores dari.

CAP. VIII. Quid ſit invitis pupillis dari tutores, & invitis non dari?

ID vero etiam eſt, quod Inſtitutiones definiunt: invitis adoleſcentibus curatores non dari. Verba Iuſtiniani ſunt in §. *II. de curat. Item inviti adoleſcentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem. curator enim & ad certam cauſam dari poteſt.* quem locum, quia in receptam vulgo opinionem omnes traxit, neceſſe eſt, vt enarrem atque explanem cum copioſius, tum, quantum iudicare poſſum, ad mentem veterum Iureconſultorum, à qua deſciviſſe ceteri mihi viſi ſunt, accommodate. id quod demonſtravero facilius, atque evicero facta comparatione pupillorum cum minoribus. De pupillis regula haec tradita eſt, tutorem eis, ſi non habeant, dari generaliter, ſeu in univerſum patrimonium & abſentibus, & ignorantibus, & invitis: *c. V. & VI. π. de tut. & cur. dat.* idque indiſtincte, id eſt, etiam cum lis movetur adverſus pupillos, tum enim tutor pupillis datur non in illam litem, quia ad certam cauſam vel rem tutor dari non poteſt, quod notiſſimum eſt; ſed ſimpliciter in omnem rem, ſecundum eam formam, quam praeſcripſit Modeſtinus *c. II. §. III. π. qui pet. tut.* ex interpretatione Ant. Auguſtini: *Si quis aut creditor, aut legatarius ſit, aut qui aliam habeat neceſſariam cum pupillo contentionem, non ipſe eis petet tutorem, ſed eos rogabit, qui petere poſſunt, vt petant; aut ſi ipſi petitionem tardabunt, adito tum praeſide rem totam explicabit, ut conſtituto legitimo tutore lis cum pupillo habeatur.* Hæc eſt regula; exceptio autem talis, praeterquam ſi pupillis cum tutore, quem habent, lis intercedat. tum enim, quoniam ipſe tutor generalis in rem ſuam auctor fieri non poterat, dabatur pupillis tutor olim, poſtea curator ad eam litem ſpecialis, quod per-

pervulgatum eſt ex §.*vlt.Inſt.de auct.tut.*verum non aliter,quam praeſentibus pupillis& poſtulantibus: id eſt,dabatur ſive tutor,ſive curator is,quem ipſi pupilli popoſciſſent,non etiam,quem poſtulaſſet adverſarius.quod ſi poſcere tutorem curatoremve ipſi nollent, à praetore, ut peterent, cogebantur.ſic enim traditum eſt in c.III. §.II. *π. de tutel.* Hinc quia intelligo, quemadmodum *abſentibus* pupillis opponuntur *praeſentes*,ita *invitis* opponi *petentes*,ſeu *poſcentes*, ac *poſtulantes*, & petentes,vt ante oſtendimus,apparetque in hac ſpecie ex c. V. §. I. *d.t.de tutel.* nihil eſt aliud, quam certum vnum, Titium,verbi gratia, tutorem nominantes atque optantes; etiam colligo, *invitis dari tutorem*, hoc eſſe, ita dari,vt in eorum poteſtate non ſit eligere,quem velint accipere tutorem; & *invitis non dari*, in arbitrio eorum id, quod diximus, eſſe.

CAP. IX. Quid adeoque invitis minoribus curatores non dari, praeterquam in litem?

NVnc videamus de minoribus. De his regulariter ſic definitum eſt: eos invitos non accipere curatores; exceptum: praeterquam in litem. Eam regulam ſuperioribus convenienter ita expono,poſt conſtitutionem D.Marci omnibus quidem adultis adminiſtrandi patrimonii gratia,ſeu generales curatores datos fuiſſe,verum non aliter,quam poſcentibus ipſis & deſiderantibus,id eſt,datos fuiſſe,non quos alius dari poſtularet,ſed quos ipſi petiiſſent,ac nominaſſent;c.II.§.IV. *π. qui pet. tut. vel cur.* atque porro ad exemplum pupillorum, queis tutor curatorve in litem dabatur poſcentibus, de quibus proxime locuti ſumus, ſi non peterent, potuiſſe à praetore compelli,vt peterent. tametſi non exiſtimo, compulſos ſemper fuiſſe: neque id,cum de iure quaeritur,adfirmare neceſſe eſt. Sed in litem, quae ſententia eſt exceptionis, ſive quam ipſi intenderent minores,ſive quam exciperent, quia legitimam perſonam ſtandi in iudicio non habent, etiam invitis adoleſcentibus datos fuiſſe curatores hoc eſt, non tantum ipſis poſcentibus,verum etiam poſtulante adverſario. nam hoc ordine ibatur: Si minor litem agere aut excipere volens curatorem non haberet,non aliter in iudicio conſiſtere poterat,quam ſi curatorem ſibi dari poſtularet,vel generalem,vel ad litem.Sic enim definitum eſt c.XI.*C.qui dare tut.poſſ.* nam eo loco *adminiſtrandi patrimonii gratia* non ſignificat veniam aetatis: quod miror atque indignor à doctiſſimo viro ſcriptum eſſe in interpretatione c.I.C.Th.*de tut.& cur.creand.*contra contextum ipſum & conſecutionem orationis,quae evidenter ſeparat, & diſiungit duo genera curatorũ:ait enim neceſſe eſſe,quo pubes iuſtam habeat perſonam,vt ei curator detur vel adminiſtrandi patrimonii gratia,vel in litẽ.*Adminiſtrandi patrimonii gratia*, h.e.*cauſa*, datus curator idem eſt cum eo,cui generalis adminiſtratio mandata eſt,*c.vlt.C.de magiſt.conv.*qui datus in omnẽ rem,c.XV.*π.de tut. & cur.dat.*ſeu generaliter,c.II.*C. de excuſ.tut.*& generalis curator dicitur,c.LXI.*π.de iure dot.* diſtinguiturque à curatore ſpeciali,ſeu ad ſpecies dato, vt appellatur in c.VIII.*rem*

Digitized by Google

eum eam non tantum viripotentem eſſe, ſed etiam nupſiſſe proponas, vt ſibi petat curatorem. Quod ſi ea petere neglexerit, quo maturius poſſis rationem reddere adminiſtrationis, adito eo, cuius ſuper ea re notio eſt, petere curatorem non vetaberis. Nimirum, vt hunc articulum explicitum demus, facultas regulariter tributa eſt minori, quem ſibi curatorem dari velit, poſtulandi, nec cogitur accipere, quem alius ei poſtulaverit, c. II. §. IV. π. *qui pet. tut.* ſed in litem, ſi per contumaciam, aut fruſtratoriam dilationem curatorem non petat, etiam eum compellitur accipere, quem adverſarius poſtulaverit, idque eſt, quod dicitur: *invitos adoleſcentes curatores non accipere, praeterquam in litem.*

CAP. X. Refelluntur alia duo argumenta pro vulgari opinione prolata.

Reliqua ſunt de his, quae pro communi opinione Interpretes adferunt, duo argumenta, ad quae reſpondebimus breviter. Eorum alterum eiuſmodi eſt, vt, quoniam minores multis locis proponuntur fuiſſe ſine curatoribus, veluti *c. VII. §. II. π. de minorib. c. III. C. de in integr. reſt. min.* & aliis, etiam putent, curatores regulariter, quod nos ſentimus, accipere eos non debuiſſe. Ego vero illud argumentum tale eſſe arbitror, quale ſi dicas: Pupilli, furioſi, item venter ſine tutoribus curatoribuſve locis plurimis fuiſſe proponuntur, vt *c. V. §. XX. π. vt in poſſ. legat. c. II. π. ne de ſtat. defunct. c. XVII. §. III. π. de vſur. c. V. pr. & §. 1. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. c. II. C. de annali except. c. III. π. de tutel. c. I. §. XXIV. π. de vent. in poſſ. mitt.* & ſimilibus: Ergo in arbitrio fuit pupillorum, furioſorum, ventriſque, tutores curatoreſve accipere vellent, an non. cuius collectionis abſurditas ipſa ſe oſtendit. quo enim modo, quod facti eſt, iuris habere conſequentiam poteſt? Saepe, fateor, contingit, vt pupilli, minores, furioſi, venter tutorem, curatoremve non habeant, at cur contingit? cauſam Vlpianus dicet; *quia plerumque aut non petitur, aut tardius petitur, aut ſerius datur. d. c. I. §. XXIV. π. de ventre in poſſ. mitt.* Sic loquitur de curatore ventris & bonorum. cuius tamen petendi neceſſitas non minus iniuncta eſt matri, quam poſcendi tutorem pupillo c. II. §. XXX. π. *ad SC. Tertull.* Idem ergo, quod ventri accidere ſolebat, etiam opinandum eſt factum fuiſſe pupillis, furioſis, minoribus. Alterum argumentum profertur ex reſcripto c. VI. C. *qui pet. tut.* Verba reſcripti ſunt: *Minores annis XXV. ipſi ſibi curatores, SI RES EORVM EXIGIT, petere debent.* Ex quibus verbis quoniam intelligitur evidenter, non debere adultos curatores ſibi petere, ſi res eorum non exigit; etiam colligunt, adultis, ſi ipſi iudicabunt rem ſuam non exigere, vt curatorem accipiant, ſine curatoribꝰ res ſuas gerere permitti quod à vero non minus eſſe alienum mihi videtur, quam pernicioſum ipſis adoleſcentibus foret, qui iſtoc obtentu prætextuq; facile omnes poteſtati curatorum ſeſe ſubduxerint. Sic igitur potius, veriuſque eam adiectionem exaudiemus, vt quemadmodum de matre definitum eſt, non debere eam liberis impuberibus tutorem petere, ſi penitus egeni ſunt, ſi nihil habent, aut ſi ſolvendo non ſunt, c. II. §. XXVI. XLV. & *ſeq. π. ad SC. Tertull.* ſimiliter, & longe magis in adoleſcentibus hanc admittamus exceptionem, vti curatorem ſibi petere non debeant, ſi res, id eſt, ſubſtantia, ſeu patrimonium eorum adminiſtratorem non exigit; cum etiam natura ſit manifeſtum, cauſam non eſſe, cur adulti eo caſu petere ſibi curatorem debeant. Atque ita ſentio, non temeritate, novandique aut detrahendi cuiquam, certandive ſtudio ductus, ſed abundantia amoris erga veritatem, quam omnes amare atque amplecti verum eſt.

VA1 15223